

RESUMO

O programa de privatização constitui prioridade na ação econômica do governo. Este estudo pretende analisar os aspectos concorrenciais da desestatização em duas dimensões: o grau em que o ambiente concorrencial condiciona o desempenho das empresas privatizadas e a forma em que a condução da privatização afeta a estrutura dos mercados. O trabalho está dividido em duas partes: i) análise do desempenho do Programa Nacional de Privatização (PND) à luz de indicadores econômicos e avaliação do programa dos pontos de vista da teoria econômica e da experiência internacional; ii) definição de diretrizes para que os setores analisados apresentem uma estrutura adequada do ponto de vista concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE

Defesa da concorrência; Regulação; Livre mercado; Privatização; Desestatização; Monopólio natural; Imperfeições de mercado; Antitruste.

ABSTRACT

The privatization of state companies is one of the basic points of the economic program of the government. This study aims at analysing the competition aspects of the privatization program in two dimensions: the degree with which the competitive environment affects the performance of the firms and the consequences in the market structure of the form of conducting the privatization process. For these objectives, this work will be divided in two parts: the analysis of performance of the National Privatization Program (PND) and the evaluation of the program in the light of Economic Theory and the recent international experience. Some general policy recommendations are indicated at the final section.

KEY WORDS

Competition policy; Regulation; Free market; Privatization; Natural monopoly; Market imperfections; Antitrust.

SUMÁRIO

I.	Introdução	5
II.	Privatização e defesa da concorrência no Brasil.....	5
1.	Evolução do programa de privatização	6
2.	Evolução da defesa da concorrência	12
2.1.	Evolução da vertente da defesa da concorrência	17
2.1.a.	Universo da jurisprudência administrativa.....	18
2.1.b.	Controle de condutas: acerto de contas com o passado	23
2.1.c.	Controle de atos de concentração: avanços na curva de aprendizado	26
3.	Privatização e defesa da concorrência no período recente.....	30
III.	Interação entre privatização e concorrência	34
1.	A importância da privatização para a concorrência.....	34
1.1	Modelo gerencial: comparações entre firmas públicas e privadas	35
2.	A importância da concorrência para a privatização.....	38
3.	Defesa da concorrência e privatização: a avenida de mão dupla	40
3.1.	Abertura comercial, privatização e defesa da concorrência.....	41
3.2.	Política fiscal versus defesa da concorrência?	41
IV.	Defesa da concorrência no ambiente pós-privatizado.....	43
1.	Re-regulação e defesa da concorrência: sistema de competências compartilhadas	44

1.1. Re-regulação e defesa da concorrência: aspectos setoriais	48
1.1.a. O argumento do monopólio natural.....	49
2. Regulação no setor de telecomunicações e defesa da concorrência	53
2.1. Lições da experiência norte-americana	54
3. Regulação no setor elétrico e defesa da concorrência.....	57
3.1. Substitutibilidade entre gás natural e energia elétrica	58
3.2. Novas tecnologias.....	59
3.3. Efeitos da verticalização	60
4. Regulação no setor ferroviário e defesa da concorrência.....	61
4.1. Transporte de passageiros	61
4.2. Transporte de cargas.....	62
5. Regulação no setor portuário e defesa da concorrência	64
V. Conclusão: a importância da cooperação inter-institucional.....	68
VI. Bibliografia	72

ASPECTOS CONCORRENCIAIS DA PRIVATIZAÇÃO EM SETORES REGULADOS: DIRETRIZES PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Gesner Oliveira*¹

I. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é discutir os principais aspectos da articulação entre a defesa da concorrência e a privatização. A Seção 2 apresenta uma retrospectiva dos processos de privatização e defesa da concorrência no Brasil e sua interação e importância crescentes nos anos noventa. A Seção 3 retoma a questão do ponto de vista conceitual, mostrando com os dois processos não deveriam ser sequenciais, mas simultâneos. A Seção 4 discute a questão da defesa da concorrência no ambiente pós-privatizado e re-regulamentado da segunda metade dos anos noventa. Uma seção final esboça linhas de pesquisa ulterior e sugere recomendações de política pública.

II. PRIVATIZAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

O objetivo desta seção é mostrar como apenas nos anos noventa a privatização e a defesa da concorrência ganharam importância. Embora conceitual e historicamente interligados, obedeceram a desenvolvimentos institucionais próprios.

¹Agradecimentos aos alunos que participaram da pesquisa que originou o presente relatório como auxiliares de pesquisa, Guilherme Nogueira de Castro e Lauro Emílio Gonzales. Agradeço o trabalho de revisão de Marilene L. Oliveira.

1. EVOLUÇÃO DO PROGRAMA DE PRIVATIZAÇÃO

Do ponto de vista do programa de estabilização, a privatização não teve papel crucial nas três primeiras fases do programa. Não constituiu, como no caso da abertura, pressuposto fundamental para o sucesso na queda da inflação, nem mesmo para a política fiscal.

Ressalte-se, contudo, que no atual estágio do programa de estabilização, a privatização passa a constituir um dos elementos fundamentais. Isto porque além dos efeitos positivos sobre eficiência e expectativas, sua implementação está diretamente associada à:

- redução do estoque da dívida e conseqüentemente ao alívio nas despesas de juros ao reduzir o estoque de dívida interna e o prêmio de risco dos papéis do governo;
- retomada do investimento em setores de infra-estrutura como transportes, comunicações e energia, o que é essencial para a redução do chamado “Custo Brasil”;
- atração de capitais externo de prazo mais longo, com maior propensão a elevar o investimento produtivo.

Comparado com outros países latino americanos, o Brasil ingressou relativamente tarde na privatização e avançou de forma mais lenta do que na abertura comercial. Isto provocou críticas e induziu avaliações apressadas acerca de suposta resistência às reformas modernizantes. No entanto, a dimensão do programa em termos de valores, bem como a solidez do arcabouço institucional sugerem que tem havido uma subestimativa dos avanços do programa brasileiro comparativamente aos de outros países.

O Quadro 1 resume as principais fases da privatização no Brasil. Nos governos João Figueiredo e José Sarney, especialmente neste último, ocorreram vendas de empresas estatais em diversos setores, mas não havia uma política privatizante mais abrangente. Tratava-se de retornar ao setor privado firmas que haviam sido transferidas para o controle estatal em situações falimentares. Daí chamar esta fase de “reprivatização” no Quadro 1.

Quadro 1

Fases da Privatização no Brasil

Fase	Período	Presidente	Principais Setores	Número de Empresas	Valor (US\$ milhões)
I	1981-1989	Figueiredo e Sarney	Diversos	38	700
II	1991-1992	Fernando Collor	Siderúrgico Petroquímico Fertilizantes	15	3496
III	1992-1994	Itamar Franco	Siderúrgico Petroquímico Fertilizantes	18	5098
IV	1995-1997	Fernando Henrique Cardoso	Petroquímico Elétrico Outros	23	8854

FONTE: Dados retirados de BNDES, “A Nova Fase da Privatização”, 1994 e Indicadores IESP.

Posição até setembro/97.

A privatização assumiu papel central na administração Collor em meio a um conjunto de reformas liberalizantes. Curiosamente, contudo, apesar de resultados expressivos nos setores siderúrgico e petroquímico indicados no Quadro 2, as questões de curto prazo acabam prevalecendo na agenda da administração Collor em detrimento de reformas como a da desestatização.

Após o *impeachment* de Collor e ascensão de Itamar, a privatização não chegou a ser desativada, mas sofreu críticas de áreas do próprio governo (inclusive do titular do Planalto) e o programa sofreu alterações, como a maior ênfase no recebimento de moeda corrente. Ressalte-se, contudo, que nunca foi interrompido, mantendo-se o cronograma de vendas e a configuração de setores envolvidos. Tampouco foi negligenciável o volume de recursos envolvidos nas vendas, somando US\$ 8,6 bilhões no período 1991-94, além de mais de US\$ 3 bilhões representados pela transferência de passivos para o setor privado.

Quadro 2

Privatização por Setor nos Governos Collor, Itamar e Fernando Henrique Cardoso

Setores	Governos			Total	Governos Collor % s/ total	Governos Itamar % s/ total	Governos FHC % s/ total
	Governo Collor	Governo Itamar	Governo FHC				
Siderúrgico	1933,2	3649,7	-	5582,9	34,63	65,37	0
Fertilizantes	188,8	229,4	-	418,2	45,15	54,85	0
Petroquímico	1222,8	626,2	816,2	2665,1	45,88	23,50	30,62
Elétrico	-	-	2756,8	2756,8	0	0	100
Outros	151,9	593,4	5281,2	6026,5	2,52	9,84	87,64
Total Geral	3496,7	5098,7	8854,2	17449,6			

FONTE: Indicadores IESP. Posição até setembro/97.

Quadro 3

Moedas Utilizadas nos Leilões das Empresas Privatizadas (US\$ mi correntes)

SETORES	SIBR	DVR	OFND	CPs	TDA	MDFA	CEF	MOEDA CORRENTE	TOTAL
Siderúrgico									
G. Collor	573,6	407,6	255,1	478,6	84,7	4,4	77,9	51,3	1933,2
G. Itamar	603,4	1190,5	188,5	183,5	282,0	3,4	211,3	987,1	3649,7
Fertilizante									
G. Collor	-	145,9	-	36,2	6,4	-	0,3	-	188,8
G. Itamar	-	169,6	-	0,2	17,4	-	-	42,2	229,4
Petroquímico									
G. Collor	80,9	376,5	124,4	497,4	104,8	34,4	4,0	0,4	1222,8
G. Itamar	95,5	247,9	0,3	83,2	37,7	26,5	7,6	127,5	626,2
G. FHC	143,7	569,1	0,5	7,3	13,8	-	-	81,7	816,2
Elétrico									
G. FHC	-	721,4	-	0,8	217,9	-	-	1816,7	2756,8
Outros									
G. Collor	90,1	7,6	29,3	8,5	16,4	-	-	-	151,9
G. Itamar	9,9	143,8	23,5	0,6	19,4	-	-	396,2	593,4
G. FHC	-	108,6	-	-	-	-	-	5053,2	5281,2
Total G. Collor	744,6	937,6	408,8	1020,7	212,3	38,8	82,2	51,7	3496,7
Total G. Itamar	708,8	1751,8	212,3	267,5	356,5	29,9	218,9	1553,0	5098,7
Total G. FHC	143,7	1399,1	0,5	8,1	231,7	-	-	6951,6	8854,2
Total Geral	1597,1	4088,5	621,6	1296,3	800,5	68,7	301,1	8556,3	17449,6

FONTE: Indicadores IESP. Posição até setembro/97.

É irônico a este respeito que a julgar apenas pelos números, o estatista Itamar Franco apareceria como privatizador. De fato, o total privatizado sob Itamar foi superior àquele da administração Collor: US\$ 5,1 bilhões contra US\$ 3,5 bilhões, e do primeiro ano da gestão FHC, conforme indicado no Quadro 1.

O mesmo quadro mostra que as privatizações sob Itamar responderam por 59% do total dos dois governos. Já a participação de moeda corrente foi superior nos anos Itamar, atingindo 30,5% contra 1,5% da administração Collor.

Naturalmente o maior volume privatizado durante a administração Itamar não encontra explicação no entusiasmo do então presidente pelo programa. Deve-se simplesmente ao fato de que, respeitadas certas premissas de preparação prévia de setores e empresas para a venda, verificam-se “safras” de desestatização. Assim, Itamar privatizou o que já havia sido preparado na administração Collor nos segmentos de siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes.

Tais considerações escaparam de análises apressadas acerca do caso brasileiro, induzindo alguns investidores, especialmente estrangeiros, a superestimar a velocidade das vendas logo no início da administração FHC. Tais prognósticos foram frustrados, sem que, no entanto, a privatização tivesse deixado de constituir prioridade.

Pelo contrário, e diferentemente das fases anteriores, a condução do programa passou a ser priorizada e conduzida diretamente pela Presidência da República. Conforme indicado no Quadro 1, na quarta fase do programa de privatização, durante a administração FHC, abriram-se novas fronteiras na área de serviços públicos e infra-estrutura. Seria natural, portanto, esperar um certo período de “entresafra” antes que ocorresse nova onda de vendas. Especialmente quando se considera que os segmentos mencionados no Quadro 1, como energia elétrica e outros segmentos de infra-estrutura, requerem maior monitoramento e marcos regulatórios relativamente complexos.

Outro fator que poderá ter contribuído para a percepção de lentidão do programa de privatização se deve ao fato do mesmo não ter sido tão visível quanto em outras experiências, como a do México ou de países do Leste Europeu onde qualquer unidade privatizada, mesmo que de reduzida importância econômica, mereceu amplo destaque publicitário.

Assim, por exemplo, no cômputo da Cepal das privatizações realizadas na América Latina de 1990 até novembro de 1995, a Argentina registrava 121, o México 221,

contra apenas 44 do Brasil². No entanto, a diferença em valor e importância econômica das empresas é menor e no caso brasileiro não estão incluídos os inúmeros casos de concessões para o setor privado de estradas, terminais portuários e usinas hidrelétricas, bem como as privatizações de âmbito estadual.

De toda forma, parte desta relativa negligência de *marketing* não é casual. Acentuou-se no período Itamar quando os segmentos do Estado favoráveis à privatização não desejavam chamar a atenção para a importância de certas decisões para não despertar a nostalgia estatizante que ainda encontrava guarida no governo e no próprio titular do Planalto.

A maneira pela qual vem se desenvolvendo o programa de privatização é ilustrativa de aspecto relevante e até certo ponto peculiar das transformações no Brasil. Diferentemente de outros países, a heterogeneidade regional e a complexidade do jogo democrático tendem a gerar processos mais lentos e repletos de idas e vindas que não raro confundem os mercados. Não obstante, uma vez vencida a sucessão de guerra de atritos, o processo de mudança ganha inércia e resiste às oscilações da conjuntura política e às mudanças de governo. Comparativamente a outros casos latino americanos, verifica-se menor agilidade e *momentum* reformador, mas menor risco de reversão da política.

Com a abertura das novas fronteiras da privatização, incluindo os setores de infraestrutura, o programa brasileiro deverá representar a maior iniciativa desestatizante da virada do milênio.

Tal mudança rompeu com a tendência instaurada desde os anos trinta e do ponto de vista do marco constitucional desde 1937. Sob este ponto de vista, a inflexão ocorre com a Constituição de 1988 que segundo Reale (1991, p.13-14),

² Ver Cepal (1995, p. 17).

“...optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal”. Verificou-se, de fato, uma reorientação em prol da economia de mercado na medida em que “logo no art. 1º, de manifesto carácter preambular, a livre iniciativa é apresentada como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Depois, ao tratar-se especificamente da atividade econômica, o artigo 170 volta a referir-se à livre-iniciativa como um dos valores fundamentais da ordem econômica, com o acréscimo relevante de, no inciso IV, elevar a livre concorrência à posição de princípio constitucional”.

É neste novo marco constitucional que deve ser compreendida a importância crescente da defesa da concorrência no Brasil, cuja retrospectiva histórica é discutida na seção seguinte.

2. EVOLUÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A exemplo de outros países em desenvolvimento, a experiência brasileira foi marcada pela mescla de duas vertentes distintas e até certo ponto contraditórias de legislação na esfera econômica.

O Quadro 4 sintetiza tal evolução. De um lado, desde a Constituição de 1937, normatizou-se a intervenção direta no mecanismo de mercado como forma de defesa da “economia popular”. De outro, desenvolveu-se em paralelo, a partir dos anos quarenta, uma legislação “antitruste” que, embora inspirada na experiência norte-americana, encerrou, desde o início, peculiaridades da jurisdição nacional³.

³Uma discussão pormenorizada das tendências históricas da legislação transcenderia o escopo deste trabalho. A distinção entre as duas vertentes identificadas no Quadro 4 é tratada em outro contexto em Forgioni (1998). A peculiaridade do sistema de crenças e valores que inspiraram o desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil está discutido em Salgado (1998). Sampaio Ferraz (199), Leopoldino da Fonseca (1995, p.20-29) e Vaz (1993, p.243-303) contêm inúmeras reflexões acerca do período abrangido pela retrospectiva desta seção.

Do ponto de vista da eficácia material, a primeira vertente preponderou dos anos trinta até meados dos anos noventa. Sua importância declinante é anunciada com a mudança do marco constitucional em 1988, induzida pela abertura e desregulamentação de preços do início dos anos noventa e concretizada com a Lei 8.884 e estabilização dos preços do Plano Real de 1994.

Note-se, contudo, que tal movimento não significa que as vertentes identificadas no Quadro 4 existam sob forma pura ou preponderem de forma exclusiva em determinado período histórico.

De um lado, os normativos de cada vertente contaminam-se mutuamente. Conforme assinala Forgioni (1998, p. 73), por exemplo, “a Lei 1521 de 26 de dezembro de 1951, embora alterando, como diz em sua epígrafe, “dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste”. Da mesma forma, o disposto no inciso XXIV do artigo 21 da Lei 8884 acerca de “imposição de preços excessivos” pertence mais à tradição de tutela imediata do mercado do que à matriz internacional de defesa da concorrência.

De outro lado, a vertente não dominante adquire alguma materialidade, mesmo sob a preponderância da outra. Assim, o Brasil apresenta uma jurisprudência administrativa precoce na área de defesa da concorrência, apesar da pronunciada intervenção estatal nas seis décadas posteriores ao primeiro período Vargas e nítido predomínio do controle de preços. Analogamente, a inércia burocrática explica a sobrevivência de dispositivos anacrônicos na atualidade, como a Lei Delegada No 4 de 1962⁴.

⁴Acerca da contradição desta última com o novo marco constitucional de 1988, convém lembrar novamente Reale (1991, p. 21), “[a Lei Delegada 4] estabelece um sistema genérico e indiscriminado de intervenção na ordem econômica, o qual deve ser considerado superado com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a não ser que se queira considerar letra morta a solene consagração dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.

Quadro 4

Duas Vertentes na Legislação Reguladora do Mercado

PEÇA LEGAL	DATA	MARCO CONSTITUCIONAL	ÓRGÃO APLICADOR	VERTENTES		
				PROTEÇÃO DA ECONOMIA POPULAR	TRANSIÇÃO	DEFESA DA CONCORRÊNCIA
DL 869	18/11/38	CF 1937, Art. 141				
DL 7666 "Lei Malaia"	22/06/45		Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)			
LEI 1521	26/12/51					
LEI 1522	26/12/51		Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)			
LEI 4137	10/09/62	CF 1946, Art. 148	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)			
LEI DELEGADA N.º 4	26/09/62	CF 1946, Art. 146	Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB)			
DL 52025	20/05/63	Regulamenta Lei 4137				
DECRETO 63196	29/08/68	CF 1967, Art. 83, II Revogado em 25/04/91	Conselho Interministerial de Preços (CIP)			
DL 92323	23/01/86	Revoga DL 52025 Regulamenta lei 4137				
DL 99244	10/05/90		Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)			
LEI 8137	27/12/90	Retorno à configuração de atos contrários à ordem econômica como crimes				
LEI 8158 (MP 204/90)	9/01/91		Secretaria de Direito Econômico (SDE)			
LEI 8884	11/06/94	CF 1988, Art. 170 e 173	Transforma o CADE em autarquia			
LEI 9021	30/03/95	Implementação da Autarquia criada pela Lei 8.884/94				
LEI 9069	29/06/95	Altera a Lei 8.884/94				
LEI 9470	10/07/97	Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Lei 8.884/94				

Note-se, ademais, que o Brasil se inclui entre os casos mencionados acima de baixa cultura de concorrência. Daí a importância da atividade de difusão de conceitos e normas indispensáveis para o cumprimento da Lei. Tal fato não escapou ao

legislador que incluiu entre as atribuições do Plenário do CADE a de “*instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica*”.⁵

Quadro 5

Principais Períodos da Regulação dos Mercados no Brasil

<i>PERÍODOS</i> <i>VERTENTES</i>	1937-1988	1989-1994	1994-
<i>DEFESA DA ECONOMIA POPULAR</i>			
<i>DEFESA DA CONCORRÊNCIA</i>		<i>PERÍODO DE TRANSIÇÃO</i>	

O Quadro 5 ilustra de forma sintética as principais tendências da legislação desde o Estado Novo. Da Carta de 1937 à de 1988, prevaleceu a tendência de proteção da economia popular, típica de uma economia marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica.

O período entre o final dos anos oitenta e o Plano Real abriu, por sua vez, uma etapa de transição na medida em que:

⁵Conforme Inciso XVIII do artigo 7o da Lei 8884/94 que constitui ligeira modificação da alínea r) do artigo 17 da Lei 4137 de 1962.

- promoveram-se as mudanças em direção a um novo modelo de desenvolvimento com maior exposição à economia mundial e em contraste com a industrialização por substituição de importações. Isto tornou anacrônico o aparato de controle de preços pré-existente, ao mesmo tempo em que abriu períodos de ajuste estrutural em vários mercados previamente regulados.

- agudizou-se a crise macroeconômica marcada pela superinflação. A estabilização em uma economia indexada como a brasileira requeria estratégia específica de coordenação dos agentes para a passagem de uma taxa de inflação que atingiu níveis convencionalmente definidos como hiperinflacionários para uma inflação de um dígito. Isto exigia um papel temporário da autoridade no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada.

Tais fatores explicam, em parte, o sentido das mudanças contidas na Medida Provisória 204/90, posteriormente Lei 8158/91. A criação de uma secretaria ligada à administração central (SNDE) para conduzir a investigação e com poderes de decisão visava preservar alguma forma de controle. Tratava-se, no entanto, de estrutura nova criada na área da Justiça mediante lei dentro da tradição “antitruste”(Lei 8158/91). Note-se que em abril deste mesmo ano de 1991 é extinto o Conselho Interministerial de Preços (CIP), colocando fim a organismo de controle de mais de vinte anos (ver Quadro 4).

Na prática, esta nova estrutura não substituiu integralmente a antiga, tendo coexistido com a atuação de outros órgãos de política de preços na área econômica. Sua concepção parece de qualquer forma ter correspondido a uma fase de transição em que as precondições da defesa da concorrência não estavam plenamente preenchidas⁶.

⁶Oliveira (1996, p.59-73) contém uma discussão acerca da política de preços nesta fase de transição.

Com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real foi possível deslocar a ênfase da política sobre aspectos estruturais, abrindo nova etapa na qual preponderou a defesa da concorrência sobre a vertente intervencionista.

No plano jurídico, a Lei 8884 de junho de 1994 reaproximou a legislação brasileira à tendência internacional de defesa da concorrência em três aspectos⁷:

- restabeleceu-se o poder de decisão de uma comissão de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio do órgão sucedâneo da SNDE, a SDE;
- conferiu-se maior grau de autonomia ao CADE com a sua transformação em autarquia e criação de mandato para seus membros e poder de promoção de ações judiciais por intermédio de sua Procuradoria;
- introduziu-se na prática o controle de atos de concentração apenas previsto de forma pouco operacional na Lei 8158.

2.1. Evolução da vertente da defesa da concorrência

O Quadro 6 sumaria a evolução histórica da segunda vertente da legislação de defesa da concorrência, incluindo a Lei 8158/91.

Conforme registra o Quadro 6, De fato, há um controle da conduta das empresas, abrangendo acordos horizontais desde 1962, bem como um sistema preventivo de apreciação de atos de concentração desde 1994. Uma avaliação cuidadosa revela, contudo, a necessidade de melhorar a instrução dos processos, perseverar no esforço de desburocratizar os procedimentos e assegurar transparência e celeridade. Para

⁷Curiosamente, no entanto, a motivação política que levou à edição da Lei 8884/94 foi ainda inspirada na noção das etapas anteriores de maior intervenção do Estado nos mercados.

comentar estes pontos vale à pena discutir o universo da jurisprudência administrativa, o controle de condutas e o de atos de concentração.

Quadro 6

Evolução da Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil

<i>Lei</i>	4 1 3 7 (1962)	8 1 5 8 (1991)	8 8 8 4 (1994)
<i>Características</i>			
<i>Órgãos</i>	CADE	SNDE CADE	CADE SDE SEAE
<i>Escopo</i>	Conduta	Conduta	Conduta Estrutura
<i>Autonomia</i>	—	—	CADE é transformado em autarquia; mandato de dois anos para os membros

2.1.a. Universo da jurisprudência administrativa

Diferentemente da maioria dos países emergentes, o Brasil possui maior experiência na área de defesa da concorrência, tendo o CADE adquirido certa tradição com 35 anos de existência desde sua criação pela Lei 4137 de 1962.

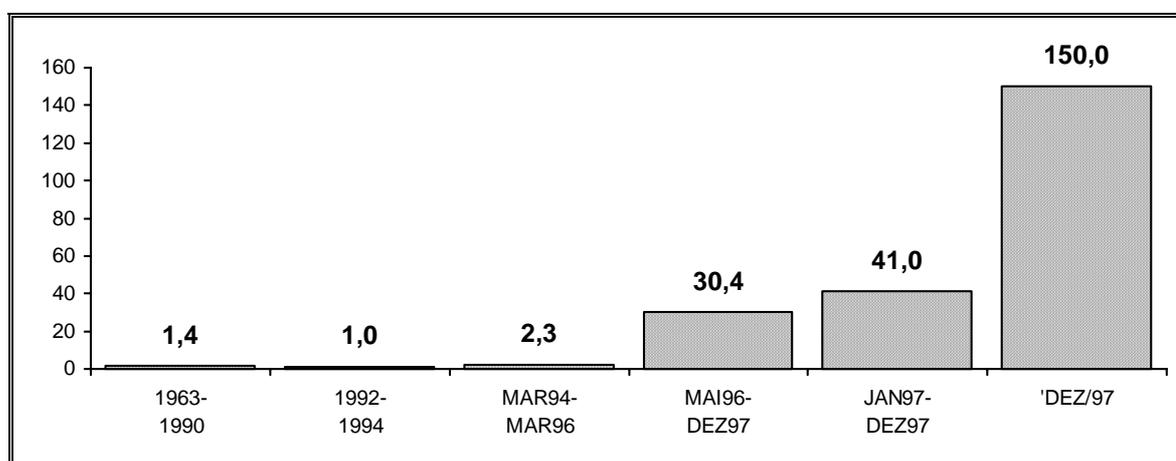
A evolução histórica do número de julgados da autarquia confirma a análise prévia de preponderância do controle direto sobre o mercado em detrimento da defesa da

concorrência. Conforme mostra o Quadro 7, até o início dos anos noventa o número de julgados/mês é apenas ligeiramente superior a um, aumentando para 2,3 em 1994-96. Apenas nos últimos dois anos verificou-se crescimento exponencial, atingindo médias de 40,5 e 132 no ano de 1997 e em dezembro de 1997, respectivamente (ver Quadro 7). Isto equivale a dizer que mais da metade dos julgados da autarquia (57%) ocorreram nos últimos vinte meses.

Este quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores. De fato, identificam-se mais de centena de peças interessantes com repercussão à época, como a “guerra das garrafas” dos anos setenta, que encerram questões freqüentes até hoje como as relativas a abusos em contratos entre produtores e fornecedores, venda casada e acordo de preços entre concorrentes.

Quadro 7

Evolução Histórica do Número de Julgados/Mês do CADE



FONTE: CADE

A falta de tradição e cultura da concorrência no país tampouco impede que se identifique razoável debate doutrinário e questões relevantes nas discussões do início dos anos sessenta no Congresso acerca do projeto de lei que daria origem à Lei 4137 de 1962⁸.

Os depoimentos do ex-ministro da Justiça Nelson Hungria e do então diretor da FGV e consultor da extinta SUMOC, Alexandre Kafka, contêm embriões preciosos de temas atuais sobre o papel do Judiciário em matéria de Direito Econômico, a consideração das eficiências em atos de concentração e em restrições verticais, as especificidades da defesa da concorrência em um país de industrialização recente, para citar alguns exemplos.

O cotejo entre os dois depoimentos - de um jurista e de um economista - revela, ademais, os matizes conceituais das duas disciplinas, ora nuançados, ora exagerados, pelos códigos herméticos do jargão profissional. Assim tem evoluído ao longo das décadas as linguagens do Direito e da Economia, cujo diálogo permanente é tão imprescindível quanto complexo no Direito Econômico, tornando-o, talvez por isso mesmo, uma das áreas de conhecimento e política pública mais fascinantes da atualidade.

A exemplo daquilo que ocorreu em outras jurisdições de países emergentes, a introdução do sistema de controle de atos de concentração demandou parcela excessiva de recursos da agência em um primeiro momento em prejuízo da necessária atenção às condutas das empresas no mercado⁹.

⁸Este debate se encontra registrado em trabalho inédito de José Ignácio Franceschini utilizado para esta pesquisa.. Ainda que com lacunas, a jurisprudência do CADE pode ser encontrada na Revista de Direito Econômico e na Revista do IBRAC. Franceschini e outros (199) e Franceschini (1996) contêm ementário comentado, documentos e pareceres selecionados.

⁹Esta parece ter sido, por exemplo, a experiência do Procompetencia na Venezuela.

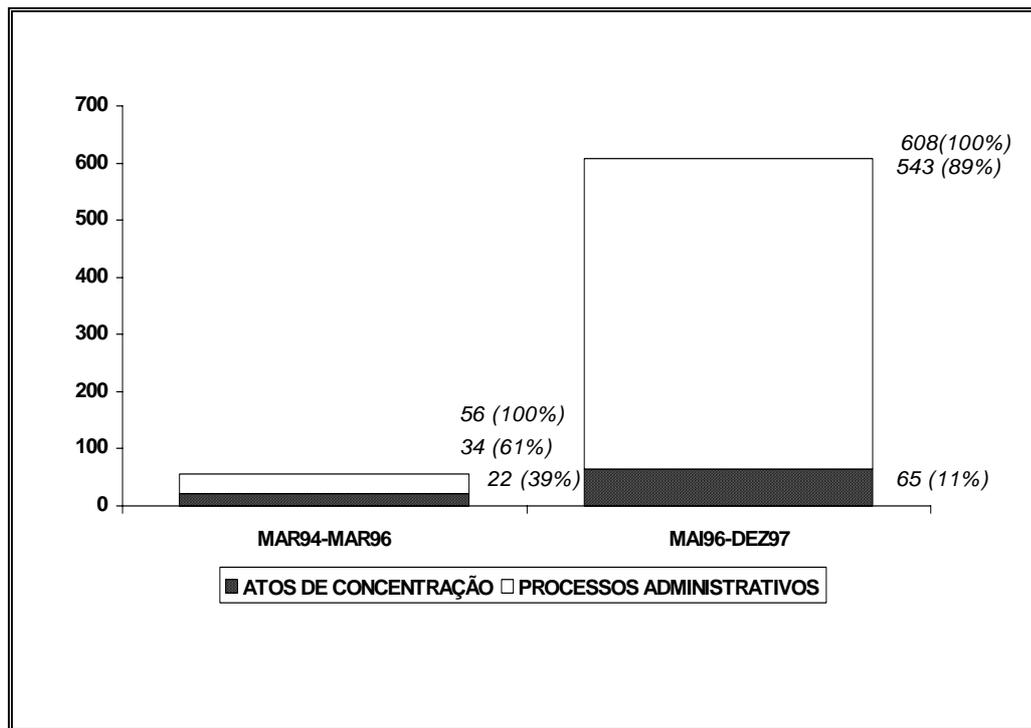
Note-se o caráter complementar deste tipo de controle preventivo àquele da repressão das condutas anticoncorrenciais, carecendo de sentido a discussão de se o controle das condutas é mais ou menos importante do que o das estruturas, ou vice-versa. Trata-se antes de uma questão de equilíbrio entre as diferentes frentes de ação de uma agência de defesa da concorrência em cada estágio de desenvolvimento institucional.

Se a atividade da agência se restringir indefinidamente à repressão das condutas, a conformação de estruturas de mercados não competitivas aumentariam a frequência de infrações à ordem econômica, frustrando parcial ou totalmente a ação da autoridade. O desafio constitui, portanto, em dosar corretamente as duas frentes de trabalho, bem como em assegurar ganhos de produtividade de forma a permitir que ambas possam ser realizadas com uma dotação limitada de recursos.

O Quadro 8 mostra a composição dos julgados entre as duas categorias mencionadas no período 1994-97. De fato, no período 1994-96, os atos de concentração representaram 60% dos julgados, percentual superior à média das jurisdições mais maduras (inferior a um terço). Em 1996-97, contudo, este percentual declinou para 11% a despeito do número de julgados de atos de concentração ter mais que duplicado.

Quadro 8

Composição dos Julgados entre Conduta a Atos de Concentração no Período 94-97



FONTE: CADE.

Do ponto de vista estritamente quantitativo, portanto, as estatísticas recentes desabonam a afirmação freqüente de que o CADE concentraria sua atividade no controle da estrutura em detrimento da conduta. Uma avaliação mais criteriosa requer, no entanto, a análise pormenorizada de cada uma das duas categorias de processos.

2.1.b. Controle de condutas: acerto de contas com o passado

Em um período em que atividades importantes na matriz de produção da economia são transferidas para o setor privado, convém discutir a capacidade de o Estado coibir nos termos da lei eventuais abusos na área de condutas.

Embora os julgados de conduta já sejam majoritários, frequentemente se argumenta que a maioria dos casos se referem a processos antigos que, por falhas de instrução, terminam por ser arquivados¹⁰. Urge, de fato, melhorar a investigação e assegurar uma repressão eficiente às condutas anticoncorrenciais.

No entanto, não se deve perder de vista de que o fato de a maioria dos processos terem sido considerados improcedentes e terem sido arquivados constitui, em grande medida, um acerto de contas com o passado, até certo ponto inevitável em países de forte tradição de intervenção estatal como o Brasil. Conforme lembrado por Forgioni (1997, p. 78), a ementa do primeiro Processo Administrativo do CADE, envolvendo o famoso caso da barrilha, assinala que,

“É salutar a existência de um órgão como o CADE, capaz de promover levantamentos e análises em setores de produção e comercialização para apurar possíveis abusos do poder econômico. Apurar para julgar e punir, mas também para reconhecer a improcedência de denúncia que não encontre prova nos fatos. É pelo julgamento imparcial e sem paixões que se deve firmar o CADE”(grifo meu)

Pois as circunstâncias da industrialização brasileira criaram um ambiente de ingerência da autoridade em variáveis de mercado, com base na vertente normativa identificada como de “proteção à economia popular” no Quadro 4. Uma das tarefas primordiais de economias em processo de modernização é precisamente a de

¹⁰Argumenta-se também que os principais casos de formação de jurisprudência continuam sendo aqueles relativos a atos de concentração. Tal assertiva é apenas parcialmente verdadeira, conforme demonstrado no capítulo sobre jurisprudência do Relatório Anual do CADE de 1997.

desonerar o setor privado de pendências administrativas que não encontram amparo em uma legislação moderna de defesa da concorrência.

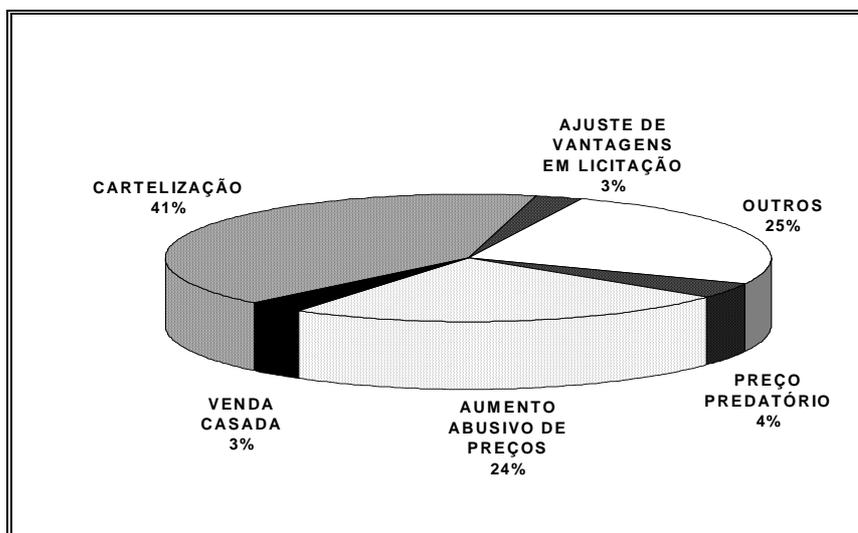
Arquivamento como redutor da barreira à entrada representada pela insegurança jurídica

Subestima-se, com freqüência, o efeito positivo da eliminação de pendências administrativas do setor privado. Décadas de intenso intervencionismo provocaram uma série de processos inconsistentes que não podem ter outro destino se não o arquivamento. Verificaram-se, no passado, surtos de representações sem base técnica com o objetivo exclusivo e raramente colimado de inibir as expectativas inflacionárias.

Quadro 9

Julgados de Processos Administrativos por Tipo de Conduta

1997



FONTE: CADE.

O Quadro 9 é ilustrativo a este respeito. Chama a atenção o elevado percentual (24%) de casos de “aumento abusivo de preços” que em sua maioria guardam mais relação com uma economia onde o sistema de preços não funcionava do que com abuso do poder econômico.

Apesar da escassa chance de condenação, tais pendências envolvem custos administrativos, aumento da incerteza e impacto negativo sobre a reputação da empresa com efeito daninho sobre seu patrimônio. A “limpeza de prateleiras” que está ocorrendo tem, portanto, o impacto positivo de reduzir custos e riscos jurídicos, elevando a segurança e rentabilidade do capital com efeito positivo sobre o investimento produtivo.

Este argumento é particularmente verdadeiro para o capital estrangeiro que, por não deter maior conhecimento do mercado e instituições nacionais, arca com maior custo informacional. Neste caso, o respeito ao devido processo legal e a transparência de regras são ainda mais cruciais como estímulo à inversão.

Torna-se ainda mais pertinente quando se considera o elevado número de averiguações preliminares instauradas no início dos anos noventa a respeito de operações de privatização. O arquivamento de tais pendências no segundo semestre de 1997 constitui, assim, inegável sinalização positiva.

A questão em tela diz diretamente respeito à defesa da concorrência, pois a insegurança jurídica constitui barreira à entrada de caráter institucional, em prejuízo de potenciais entrantes no mercado.

Tais considerações servem não apenas para demonstrar a importância do trabalho recente na área de conduta, mas demonstram o efeito negativo sobre o investimento

da preservação de dispositivos anacrônicos, como aqueles contidos na Lei Delegada No 4, que geram insegurança jurídica ao não respeitarem o devido processo legal.¹¹

Necessidade de melhorar a instrução

A argumentação anterior não reduz a necessidade imperiosa de melhorar a instrução dos processos. Este ponto constitui de fato a principal fragilidade da defesa da concorrência na atualidade. Vários processos terminam por serem arquivados em virtude de má definição do objeto de investigação, desrespeito ao contraditório, entre outras falhas processuais. Os principais aspectos, a serem atacados estão indicados na seção final.

2.1.c. Controle de atos de concentração: avanços na curva de aprendizado

O controle das agências de defesa da concorrência sobre a estrutura dos mercados constitui prática comum em países maduros e vem ganhando importância crescente em economias emergentes. Tal atividade envolve exame de atos de concentração econômica tais como fusões, aquisições, *joint ventures* e incorporações.

Desde a Lei 8.884 o CADE julgou 76 atos de concentração, em contraste com a experiência secular dos EUA e mais recentemente da Austrália, Canadá e várias nações européias. Apesar de curta, tal experiência parece densa relativamente às das demais economias emergentes. Além disso, algumas circunstâncias comuns a países onde a cultura da concorrência ainda não se encontra consolidada tornam o exemplo brasileiro útil como referência para o esforço de construção institucional em nações em desenvolvimento ou em blocos regionais como o Mercosul.

¹¹Sem contar naturalmente o estímulo que a fiscalização de um sistema intervencionista representa para a corrupção e conseqüente desmoralização da máquina do Estado.

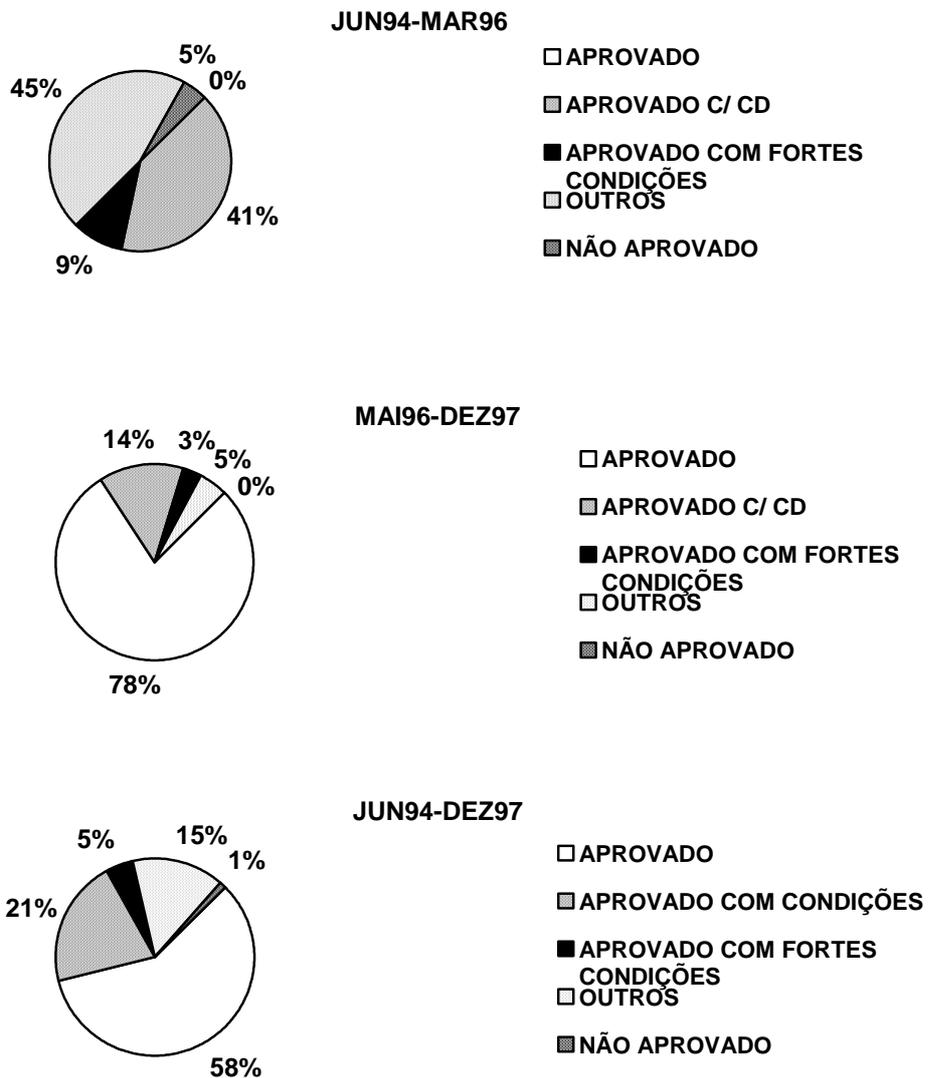
Os seguintes aspectos merecem destaque: baixa taxa de reprovação das operações submetidas ao CADE, a inexistência de viés contra o capital estrangeiro e os avanços obtidos na aceleração do exame dos processos.

O CADE não obstrui a reestruturação produtiva

Observadores menos informados argumentam, por vezes, que o controle do CADE sobre atos de concentração poderia obstruir a reestruturação da economia brasileira, necessária para adaptar-se à globalização. Isto porque um excesso de rigor poderia impedir que determinadas operações de concentração fossem concretizadas.

Quadro 10

Julgados de Atos de Concentração por Tipo de Decisão



Poder-se-ia contra-argumentar que a ausência de tal controle em discrepância com a tendência internacional representaria, este sim, fator inibidor para a integração do Brasil em uma economia global. No entanto, importa, neste ponto, restringir-se ao fato estatístico registrado no Quadro 10 e que é similar à experiência internacional. Desde a aprovação da Lei 8.884, em apenas 7% dos casos verificou-se desconstituição da operação ou imposição de condições que significassem uma reformulação significativa da operação originalmente submetida a exame.

Destaque-se que a ausência de “excesso de rigor” é inclusive mais nítida no atual Colegiado relativamente ao do período 1994-96. De fato, em 1996-97 não se verificou reprovação e a taxa de imposição de condicionalidades fortes caiu para 3% (ver Quadro 10).

Ressalte-se, igualmente, no Quadro a maior parcimônia na imposição de condições de qualquer natureza para a provação dos atos de concentração. No período junho/94 a marco/96 todas as aprovações vieram acompanhadas de compromissos de desempenho na forma do artigo 58 da Lei 8.884; o atual Conselho aprovou mais de três quartos das operações sem nenhuma condição.

É evidente que aspectos qualitativos importantes escapam aos números agregados do Quadro 10. Mas estes últimos são suficientemente eloquentes para descartarem hipóteses simplistas; ao mesmo tempo em que sugerem que argumentos associados à obtenção de economias de escala e eficiências das operações estão refletidas na alta taxa de aprovação registrada no referido Quadro.

Uma parcela razoável das operações refletiu no mercado brasileiro os desdobramentos de transações realizadas no plano mundial, redefinindo estratégias de grupos internacionais. O caso brasileiro ilustra, assim, a forte mudança estrutural de mercados nacionais promovida pela globalização, que constitui um dos temas centrais do Relatório de Investimentos da Unctad de 1997.

Note-se, neste ponto, a importância de um controle eficiente e estritamente técnico de atos de concentração em uma economia como a brasileira. Sua ausência poderia permitir um domínio excessivo por grupos específicos com o conseqüente desestímulo a novos entrantes e amortecimento dos fluxos de capitais externos. É compreensível, portanto, que outros países de porte médio, como a Argentina, estejam prestes a introduzir sistemas de controle de atos de concentração, sendo o sistema mexicano anterior ao brasileiro.

Alerte-se, naturalmente, para o risco oposto e igualmente nocivo de substituir as antigas restrições ao capital estrangeiro nos marcos de uma economia fechada por qualquer tipo de discriminação contra o capital forâneo. A entrada de fluxos externos de investimento é, em princípio, benéfica à concorrência ao propiciar a entrada de novas empresas e/ou aumentar a rivalidade entre os participantes do mercado doméstico.

Ressalte-se, a propósito, que no segmento de *non tradeables* o principal indutor da concorrência externa deixa de ser, por definição, o comércio exterior. Com a diminuição do período de instalação de redes de serviços em diferentes partes do mundo, a ocorrência de lucros monopolistas neste setor pode induzir a entrada de competidores externos em benefício da concorrência.

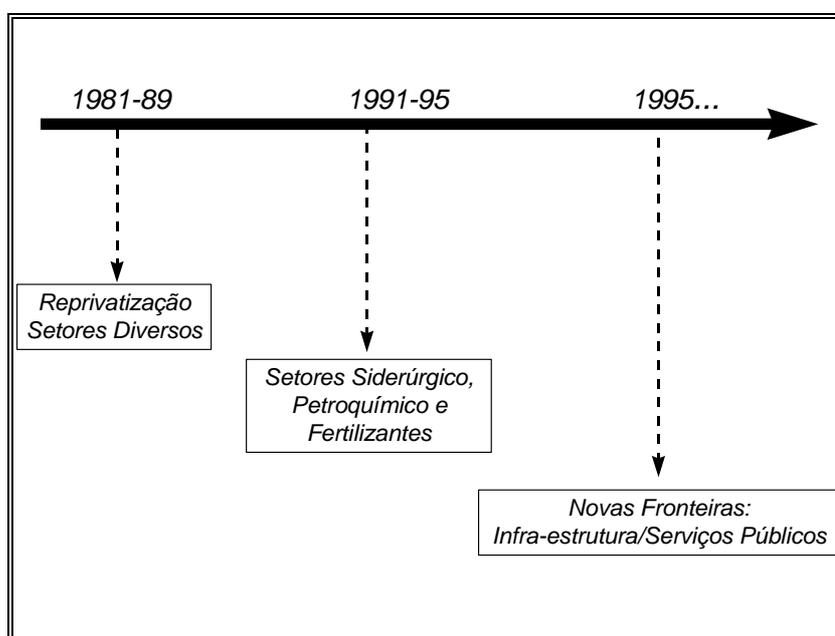
3. PRIVATIZAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PERÍODO RECENTE

Conforme mencionado no início desta Seção 2, embora conceitual e historicamente interligados, a privatização e a defesa da concorrência obedeceram ritmos diversos de desenvolvimento institucional. Enquanto esta última ainda atravessava o período de transição, a privatização se deu de forma mais acelerada a partir de 1991 nos segmentos siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes, conforme registrado no Quadro 11.

Tal descompasso explica em parte a relativa desarticulação entre os órgãos de defesa da concorrência e os de privatização até 1996, bem como a demora e inadequação de certos procedimentos.

Quadro 11

Fases da Privatização no Brasil

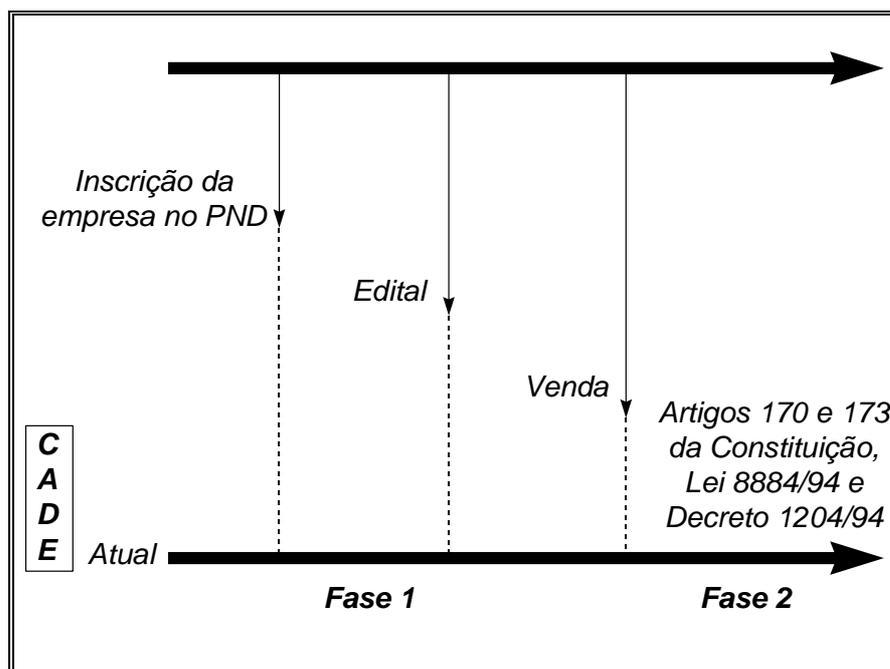


O Quadro 12 descreve sumariamente a forma pela qual se dá o exame concorrencial de operações de privatização no Brasil. A exemplo daquilo que ocorre com a maioria das transações do setor privado, a análise pelo CADE ocorre *a posteriori*. Depois da inscrição da firma no programa, divulgação do edital e da venda, regidas pela Lei 9491/97, verifica-se a aplicabilidade da Lei 8.884¹².

¹²A Lei 9491 de 9 de setembro de 1997 revogou a Lei 8031 de 12 de abril 1990 que constituiu marco na aceleração do programa de desestatização da administração Collor.

Quadro 12

Formato da Análise Concorrencial das Operações de Privatização



Este é o caso dos atos de concentração indicados no Quadro 13 que contém todas as operações de privatização submetidas de alguma forma à análise do CADE¹³.

Tal formato suscita no agente privado a dúvida acerca de possível objeção à operação em virtude de efeitos anticoncorrenciais. Isto aumenta a incerteza e insegurança jurídica, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento e consequentemente a atratividade e valor do patrimônio público a ser alienado.

¹³No caso da venda da Companhia Vale do Rio Doce indicada no Quadro 19, destacam-se duas peculiaridades: i) o CADE elaborou uma nota técnica preliminar a pedido da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado antes da realização do leilão de venda; ii) a operação foi dividida para efeito de análise em cinco macro-setores dada a abrangência da atividade de empresa privatizada.

Quadro 13**Operações de Privatização Submetidas ao CADE**

EMPRESA	NÚMERO	CONSELHEIRO	MOVIMENTAÇÃO
Caraíba Metais/Mineração Caraíba	AC 29/95	Edison R. Chaves	devolvido à SDE
Fosfertil e Ultrafertil	AC 02/94	Antonio Fonseca	aprovado com condições
Petroflex	08000.020260/94-11	Paulo Dyrceu	arquivado
Cia. Nacional de Álcalis	08000.020256/94-44	Antonio Fonseca	arquivado
Usiminas	08000.015932/94-59	Edison R. Chaves	devolvido à SDE
Copesul	08000.020252/94-93	Paulo Dyrceu	concluso ao Conselheiro
Poliolefinas	08000.020253/94-56	Renault de Freitas	arquivado
Compania Brasileira de Estireno - CBE	08000.020254/94-19	Arthur Barrionuevo	arquivado
Compania Siderúrgica Nacional - CSN	08000.020255/94-81	Leônidas Xausa	arquivado
Polisul	08000.020259/94-32	Arthur Barrionuevo	arquivado
Nitriflex	08000.020257/94-15	Lucia Helena	arquivado
Acesita	08000.020258/94-84	Leônidas Xausa	arquivado
Compania Industrial de Polipropileno - PPH	08000.020261/94-84	Renault de Freitas	arquivado
Ferrovia Centro-Atlântica	AC 95/96	Arthur Barrionuevo	em instrução
Malha Sudeste	AC 108/96	Antonio Fonseca	em instrução
Ferrovia Sul-Atlântica	AC 115/97	Arthur Barrionuevo	em instrução
Companhia Vale do Rio Doce	AC 155/97	Diversos	em instrução

Naturalmente quando se trata de operação envolvendo leilão de empresas, não se conhecem com antecedência os adquirentes finais, tornando insuficiente uma análise exclusivamente *a priori* por parte do órgão responsável pela defesa da concorrência.

Mas seria desejável que a arquitetura da operação e especialmente o edital de venda contemplassem eventuais preocupações com os efeitos concorrenciais, tarefa que pode ser executada já por ocasião da avaliação das empresas realizado por consultoras licitadas.

O principal desafio não reside, como de hábito, em mudanças formais na legislação. Importa antes uma boa articulação entre os órgãos públicos competentes. Os resultados positivos obtidos no âmbito do convênio de cooperação entre o BNDES e o CADE para acelerar o exame de operações de privatização demonstram de forma eloquente este fato.

Tal cooperação contribuiu, por exemplo, para que se eliminassem pendências administrativas geradas pelo conjunto de averiguações preliminares acerca de operações ocorridas antes de 1994 e impropriamente instauradas à época (ver Quadro 13).

III. INTERAÇÃO ENTRE PRIVATIZAÇÃO E CONCORRÊNCIA

1. A IMPORTÂNCIA DA PRIVATIZAÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA

A fim de abordar a questão da propriedade como condicionante da obtenção de um ambiente concorrencial, urge desenvolver um modelo de firma que permita comparar o desempenho das empresas públicas versus privadas. O modelo que

melhor traduz a realidade do mercado e, ao mesmo tempo, permite a comparação acima, é o Modelo Gerencial, cuja premissa básica é a separação entre propriedade e controle e a dinâmica engendradora a partir de um provável conflito de interesses entre as partes.¹⁴

1.1. Modelo gerencial: comparações entre firmas públicas e privadas

Para uma empresa privada, o objetivo dos acionistas é maximizar o lucro. Através da remuneração dos administradores ao resultado, quer em forma de salários, bônus ou ações, pode-se incentivar a decisão em prol dos acionistas. Obviamente, pelo fato de os administradores apropriarem-se de apenas parte dos resultados, esta medida sofre limitações.

Existem, entretanto, duas outras restrições que podem reforçar a posição do acionista. A primeira é a imposta pelo mercado de trabalho, no qual o administrador se valoriza através da construção de uma reputação de bons resultados. A segunda é a restrição do mercado de capitais. Uma empresa que apresenta desempenho fraco devido à má gestão de seus administradores pode sofrer um ataque ou *take-over*, no qual os investidores, via mercado, assumem o controle da firma, vislumbrando a obtenção de melhores resultados com a substituição dos antigos administradores. Em outras palavras, o administrador sofre a ameaça de perder o emprego, em meio a uma mudança de controle acionário, se o seu desempenho não for eficiente.

As restrições impostas pelos mercados de trabalho e de capitais, associadas a uma forma adequada de remuneração, mitigam fatores conflitantes oriundos da separação entre propriedade e controle, o que permite concluir que o objetivo de “maximizar

¹⁴Ver, entre outros, Viscusi e outros (1995, Cap.14).

lucros” é uma aproximação adequada do comportamento empírico das empresas privadas.

Os acionistas da empresa pública, por seu turno, objetivam a maximização do bem-estar social. A questão é saber se os mecanismos de monitoramento dos administradores garantem uma ação em defesa dos interesses dos proprietários, a exemplo daquilo que ocorre nos empreendimentos privados.

A dificuldade inicial advém da correta mensuração de bem-estar. Em contraste com o caso das empresas privadas em que prepondera a motivação do lucro, aqui tem-se um fator sujeito a interpretações distintas conforme o interesse dos agentes.

O resultado prático desta limitação no monitoramento é a possibilidade de os administradores agirem conforme seus próprios interesses, e não da sociedade (acionistas). Adicionalmente, no caso das empresas públicas, inexistente a restrição imposta pelo mercado de capitais, o que amplia sobremaneira o raio de ação dos administradores. Estes têm seu comportamento notadamente caracterizado pela tentativa de maximização de apoio político. Um incremento de suporte político significa maior remuneração e garantia de emprego. Dada a dificuldade de monitoramento mencionada anteriormente, o administrador logra maior respaldo político através da alocação de recursos para aqueles atributos capturados pelos acionistas, em detrimento daqueles que, por ausência de mecanismos eficazes, não são alcançados e que, no entanto, poderiam aumentar a eficiência da empresa.

Por exemplo, pode-se superinvestir em qualidade, percebida pelo público, ocultando os custos elevados incorridos (com subsídio pago através de maiores impostos), aumentando o apoio político recebido. Conforme teoria de Sam Peltzman, o administrador pode ainda valer-se do fator preço como forma de maximizar sua

utilidade, uma vez que menores tarifas têm um efeito de curto prazo maior do que o acréscimo de subsídio envolvido¹⁵.

Sob a abordagem gerencial, a principal diferença entre gestão privada e pública diz respeito à ausência, para a última, das restrições impostas pelo mercado de capitais. Ou seja, trata-se da impossibilidade de transferência de propriedade, tal qual analisada no modelo de empresa privada. Como consequência disso, os administradores adotam um comportamento estratégico de forma a maximizar sua utilidade, o que se traduz em ajustes menos frequentes de preço, superinvestimento em capacidade, entre outras distorções.

Conforme explicitado anteriormente, o comportamento das empresas públicas e privadas diferencia-se:

- a) pelos objetivos dos administradores: maximizar lucros nas empresas privadas e maximizar apoio político nas empresas públicas;
- b) ausência, para a empresa pública, da restrição imposta pelo mercado de capitais.

A comparação é especialmente interessante quando se consideram empresas privadas de setores regulados, onde, pressupondo a eficácia da regulação, os preços e os lucros são menores. Novamente, o Modelo Gerencial prevê uma maior ineficiência da empresa pública pela inexistência de restrições via mercado de capitais. Mesmo uma empresa privada que sofre regulação está sujeita às pressões de eficiência do mercado, o que seria o elemento diferencial de desempenho.

Estabelecendo esse mesmo tipo de comparação, Nellis (1997) afirma que as empresas públicas tendem a operar conforme o conhecido “*soft budget constraint*”,

¹⁵A idéia de Peltzman é que os efeitos de uma pequena redução de preço, a partir do nível de maximização de lucros (lucro marginal zero), gerará um efeito de segunda ordem sobre os lucros e, conseqüentemente, não alterará o subsídio. Entretanto, como os acionistas preferem, *Ceteris Paribus*, tarifas menores, o resultado direto será um aumento de apoio político.

ou seja, dadas as garantias, implícitas ou explícitas, do recebimento de subsídios e privilégios, como perdão de impostos ou de dívidas com outras empresas estatais, o esforço de desempenho é desincentivado.

Seria plausível supor um comportamento cíclico das empresas públicas. No contexto de crises, os governos imporiam uma conduta preponderantemente comercial para suas empresas, procurando fazer valer as regras de mercado. Entretanto, este tipo de imposição é, via de regra, temporário, podendo desaparecer com o fim da crise ou com a ascensão de uma nova facção ao poder.

Assim, o controle acionário da empresa, por razões organizacionais e políticas, condicionaria a produtividade e a lucratividade. A desestatização imprimiria maior nível de competitividade à economia, ou seja, a privatização propiciaria o surgimento ou o aumento da competitividade nos mercados. Isto levaria a crer que com a privatização, haveria um aumento do espaço para as relações de mercado e conseqüentemente, para a concorrência.

Verificar-se-ia, assim, a despolitização das relações da empresa ao longo da cadeia produtiva tanto a montante quanto a jusante. A política de compras das firmas junto às cadeias de fornecedores, a definição das políticas de distribuição do produto, bem como as estratégias de marketing obedeceriam todas a critérios pró-mercado, em franco contraste com o período de propriedade estatal. Em linguagem antitruste, isto equivale a uma dissolução de acordos contratuais não eficientes na medida em que não visavam eliminar custos de transação.

2. A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA PARA A PRIVATIZAÇÃO

A partir das evidências dos modelos de gestão pública e privada cumpre perguntar se a privatização garante, por si só, um funcionamento eficiente do mercado. A

resposta a esta pergunta vincula-se ao estabelecimento de uma comprovação empírica de incremento de desempenho das empresas privatizadas.

Conforme discutido em Tandon (1994), esse tipo de levantamento é bastante complexo, principalmente pela dificuldade de isolar o fator privatização das demais variáveis, como, por exemplo, a estrutura de mercado e o nível de atividade da economia. Do ponto de vista metodológico, são duas as possibilidades básicas de análise: a) a simples comparação de determinada empresa antes e após a privatização; b) estudos comparativos a partir da definição de um *benchmark*.

A primeira opção é limitada na medida em que superestima o papel da privatização como causa das mudanças observadas, o que pressupõe ausência de outras forças no ambiente econômico. Os programas de privatização são geralmente acompanhados por políticas orientadas para o mercado, como desregulamentação e abertura comercial, que podem influenciar positivamente os resultados das empresas privatizadas, engendrando um viés na associação mais direta entre privatização e melhora nos indicadores de desempenho.

A segunda alternativa pode esbarrar na dificuldade de estabelecimento adequado de um *benchmark*, ou seja, de manter um grupo de controle eficiente. Por exemplo, o fato das empresas mais lucrativas serem prioritariamente incluídas nos programas de privatização, o que tem sido fundamental para o deslanche do processo em vários países, associado à definição de *benchmark* (grupo de controle) composto por um conjunto de empresas públicas menos lucrativas *a priori*, portanto não incluídas no programa, causa um viés.

A partir do estudo processos de privatização de países diversos como Reino Unido, Sri Lanka, Argentina e México, a conclusão de Tandon ressalta fortemente a precariedade de vários argumentos pró-privatização, procurando explicar a melhora do desempenho das firmas a partir da análise do grau de competitividade vigente em cada um dos mercados. A evidência sugere que, para a maioria dos casos, em

estruturas monopólicas, o desempenho das empresas públicas pode ser aproximadamente o mesmo das empresas privadas ou privatizadas. Isto tornaria plausível supor que o maior condicionante da eficiência seria a existência de ambiente concorrencial e não, necessariamente, a privatização.

3. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PRIVATIZAÇÃO: A AVENIDA DE MÃO DUPLA

A partir dos argumentos acima, pode-se afirmar que as evidências disponíveis sugerem uma relação de fortalecimento mútuo entre privatização e concorrência. De um lado, a privatização tende a fomentar as relações de mercado em substituição a critérios de alocação de firmas estatais sujeitas a pressões políticas diversas. De outro, os avanços em diversos indicadores de desempenho de empresas privatizadas tenderiam a ser superiores em ambientes concorrenciais.

Analogamente ao investimento externo, a privatização requer um sistema de defesa da concorrência equilibrado e eficiente, evitando-se duas posições extremas. De um lado, deve-se assegurar um padrão de análise estritamente técnico e em tempo econômico, impedindo que a preocupação com a concorrência dos mercados sirva de pretexto para retardar ou impedir o programa de desestatização.

De outro lado, a negligência em relação à defesa da concorrência pode induzir mudanças estruturais de mercado que terminam por inibir a concorrência e eliminar parcial ou totalmente os efeitos que se almejam com a privatização.

Assim, para evitar a formação de estrutura de mercados desnecessariamente pouco concorrenciais, deve-se contemplar a dimensão da concorrência na própria montagem da privatização. Em se tratando de monopólios naturais, deve-se conceber, desde o início, em um marco regulatório proconcorrencial.

3.1. Abertura comercial, privatização e defesa da concorrência

Note-se que uma abertura comercial concomitante à privatização, como ocorreu no Brasil, é positiva ao elevar a concorrência externa, mas não substitui a defesa da concorrência. Isto porque:

- i) persistem barreiras não tarifárias relevantes como as barreiras técnicas, os custos de transporte e barreiras de caráter institucional;
- ii) segmentos ponderáveis da economia são constituídos por *nontradeables*, tornando-os naturalmente protegidos da pressão competitiva dos importados;
- iii) o próprio aprofundamento da abertura depende da defesa da concorrência na medida em que:
 - a integração aos blocos regionais tem sistematicamente envolvido acordos de defesa da concorrência;
 - o ambiente concorrencial reforça a pressão competitiva sobre as empresas, à la Michael Porter, preparando-as para a competição externa e, dessa forma, assegurando a consistência no tempo da manutenção de uma economia aberta.

3.2. Política fiscal versus defesa da concorrência?

Tampouco o argumento de que a negligência da dimensão da concorrência se justifica pela necessidade de maximizar o efeito fiscal resiste a uma análise teórica rigorosa. Isto se deve a duas razões:

- i) a ausência de um sistema eficaz e transparente de defesa da concorrência por si só gera incerteza, desvalorizando o ativo público;

ii) os ganhos fiscais mais relevantes decorrem da arrecadação derivada das inversões que acompanham a privatização. Estas últimas tendem a declinar, no entanto, quando não se assegura um ambiente suficientemente concorrencial.

Isto pode ser visto na seguinte expressão retirada de Matos Filho e Oliveira (1996, p.23),

$$EFL = Vasd + Varc + Vaip + Vai - Var$$

onde as variáveis indicadas são os valores atualizados do:

Vasd - serviço da dívida pública;

Varc - receita percebida com a venda;

Vaip - incremento de impostos;

Vai - incremento de inversões;

Var - fluxo de receitas que a empresa estatal geraria à União.

Note-se que,

$$(Vasd + Varc) - Var \cong 0$$

pois o mercado estaria disposto a pagar algo equivalente ao fluxo futuro de receitas deduzido dos pagamentos futuros do serviço da dívida,

$$Varc \cong Var - Vasd$$

A parcela que torna atraente os programas de privatização na América Latina é no entanto a soma,

Vaip + Vai

pois o mercado percebe as deficiências da administração estatal tais como discutidas antes no modelo gerencial, de forma que novos investimentos ocorrem com a privatização acarretando mais arrecadação tributária. É razoável supor que tais efeitos são tanto maiores quanto maiores as possibilidades de entrada mediante novos investimentos.

Assim, a perspectiva de uma renda monopólica elevada poderia aumentar V_{arc} , induzindo, contudo, a valores menos expressivos para Vaip + Vai. Isto é no médio prazo, não parece haver um conflito insuperável entre as metas de política fiscal e a defesa da concorrência. A escolha do formulador de política está menos associada a diferentes objetivos de política pública (mercados competitivos versus menor déficit fiscal) do que a preferências intertemporais (receita hoje oriunda de venda de direitos monopólicos versus receita de impostos e poupança de recursos para novas inversões).

IV. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO AMBIENTE PÓS-PRIVATIZADO

Uma razão óbvia da defesa do mercado se tornar mais importante em uma economia privatizada é a sua maior abrangência com a retirada do Estado.

Porém, o mais relevante reside na problemática associada aos setores onde a intervenção estatal estava associada a monopólios naturais e que, de alguma forma, vão exigir regulação sistemática por parte do Estado. Conforme descrito anteriormente esta fase recente é a mais importante quantitativa e qualitativamente no programa de desestatização. Daí a importância de definir como o CADE vai se relacionar com as agências regulatórias em gestação.

Seria ocioso insistir de que se trata de problema novo no caso brasileiro pelo caráter onipresente do Estado na economia até o final dos anos oitenta. Cumpre notar, no entanto, que a questão também contém alguma dose de novidade mesmo na arquitetura institucional dos países maduros.

De fato, nestes últimos as áreas de antitruste e regulação mantinham certa separação até os anos oitenta. Poder-se-ia dizer que o antitruste trata de fazer valer as regras do mercado, em contraste com a regulação que deveria obter um resultado equivalente ao do mercado em circunstâncias que, por razões estruturais, o mesmo não funciona.

1. RE-REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: SISTEMA DE COMPETÊNCIAS COMPARTILHADAS

A articulação inter-institucional se torna particularmente importante quando se considera a atual fase do programa de privatização que, conforme registra o Quadro 14, envolve setores de infra-estrutura.

Tais segmentos são cruciais para a redução do Custo Brasil e aumento da produtividade macroeconômica. Do ponto de vista específico da concorrência são determinantes para parcela ponderável da cesta dos consumidores, bem como para as condições de acesso do capital privado e conseqüentemente para determinação das barreiras à entrada de um amplo conjunto de setores.

A transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil com escassa tradição e quadros técnicos na área, transcende o escopo deste trabalho. A questão de relevo aqui se restringe à interação entre o CADE e as novas agências regulatórias.

O Quadro 14 indica a crescente área de intersecção entre a defesa da concorrência e a regulação. Para fins de simplificação, os mercados estão divididos em concorrência perfeita, competitivos, não competitivos e monopólios naturais. A concorrência perfeita constitui uma abstração para fim teórico e uma raridade na prática. Por sua vez, vários mercados funcionam de forma suficientemente concorrencial, não exigindo maior atenção por parte da autoridade.

O foco da agência de defesa de concorrência reside nos mercados não competitivos, nos quais ocorrem maior número de ilícitos. Porém, uma parcela razoável dos problemas está associada a falhas de regulação. Assim, o estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar, ou pelo menos atenuar, as falhas de mercado. Por exemplo, uma regulamentação adequada dos planos de saúde poderia diminuir o número de problemas concorrenciais nesta área. Portanto, a autoridade de defesa da concorrência não prescinde da autoridade regulatória nestes mercados.

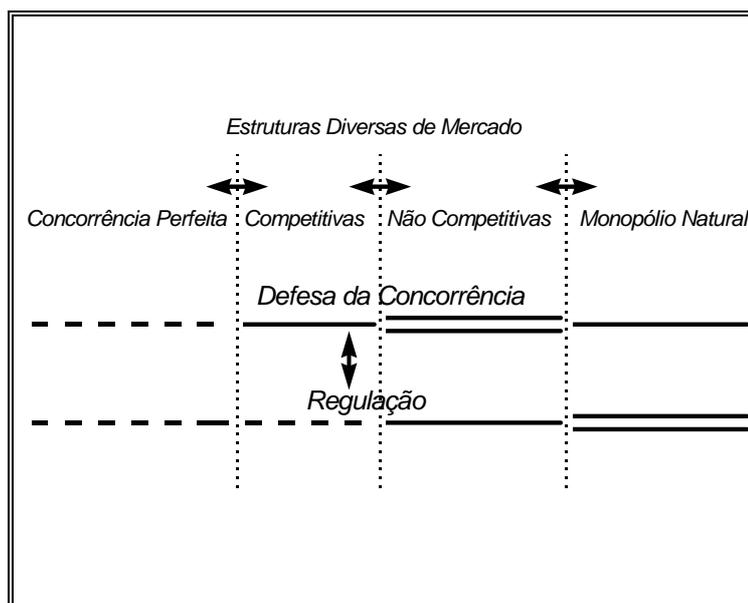
O foco da agência regulatória setorial reside, por seu turno, nos monopólios naturais. As condições de produção nestes últimos fazem com que uma única empresa tenha custos sempre decrescentes à medida em que aumenta sua atividade, fazendo com que a maneira mais eficiente (isto é, de menor custo) seja a produção por uma única firma¹⁶. Daí a necessidade de o regulador estabelecer regras setoriais específicas que impeçam o monopólio natural de abusar de sua posição.

Tal atividade guarda estreita relação com a da autoridade de defesa da concorrência. Isto porque a boa regulação é aquela que mimetiza da melhor maneira possível o mercado, fazendo convergir o objeto de análise dos dois tipos de autoridade. Além disso, na prática um segmento regulado abrange vários sub-segmentos que não necessariamente são monopólios naturais e que portanto, prescindiriam de regulação específica.

¹⁶A definição técnica de monopólio natural é a do segmento em que a função de custo de custo é subaditiva para os intervalos relevantes de produção. Ver a respeito, por exemplo, Viscusi e outros (1995, p. 351-358).

Quadro 14

Interação entre Defesa da Concorrência e Regulação



Os argumentos acima justificariam, por si mesmos, uma articulação institucional entre regulação e defesa da concorrência. Porém, dois fatores adicionais merecem particular destaque:

- (i) caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos: como as condições de custo e tecnologia e demanda variam significativamente no tempo, os monopólios naturais são temporários; portanto, aquilo que deveria ser regido por uma agência regulatória pode passar a requerer apenas a regra de mercado. Tal fenômeno tem se tornado mais frequente com a aceleração do processo de inovação em determinados setores, como os de telecomunicações e transportes.

Neste sentido, a defesa da concorrência tem caráter mais geral do que a regulação. Esta última pressupõe uma determinada estrutura de mercado, cuja natureza de monopólio natural a justifica. A primeira atua sobre a própria estrutura de mercado, prevenindo, quando for o caso, configurações anticoncorrenciais.

(ii) minimização do risco de captura: a experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade de “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveriam ser regulados. Independentemente de problemas éticos, verificou-se elevada propensão dos “regulados capturarem os reguladores” em virtude de insuficiência de recursos e informação adequada por parte da agência comparativamente às empresas privadas e pela identidade de interesses e cultura profissionais entre os técnicos especializados da agência e o segmento regulado.

Embora agências de defesa da concorrência não estejam isentas à captura, os argumentos acima justificam um sistema de competências compartilhadas (ou concorrentes) em que mais de uma agência poderia ter jurisdição sobre assuntos referentes a um setor, ainda que sob óticas distintas. Assim, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece competências complementares e fortemente relacionadas entre o CADE e a Anatel.

Esquema similar existe em jurisdições maduras de maneira mais ou menos formal. Diferentes funções regulatórias por vezes se encontram contempladas em uma mesma instituição, como é o caso da Austrália.

Apesar da correção conceitual da competência compartilhada, o desafio operacional daí decorrente não é trivial. Especialmente dada a tradição da administração pública brasileira de forte inércia e rivalidade burocráticas na disputa pela maximização de áreas de competência.

A saída para evitar conflitos de competência e morosidade na resolução de problemas reside na cooperação inter-institucional mediante convênios operacionais.

Na mesma direção, parece urgente treinar quadros familiarizados com ambas as áreas - defesa da concorrência e regulação - nos setores público e privado.

1.1. Re-regulação e defesa da concorrência: aspectos setoriais¹⁷

O objetivo da regulação de setores específicos na economia tem sido normalmente o de corrigir as chamadas *falhas de mercado*. Cabe destacar que a falta de regulação pró-concorrencial pode inviabilizar a concorrência em determinados setores, onde a estrutura que emergiria da ação do livre mercado seria desnecessariamente concentrada ou, por qualquer outro motivo, anticompetitiva. Nesse sentido, a existência de uma regulação adequada se torna condição necessária e, em certos casos, suficiente para viabilizar um ambiente concorrencial em setores específicos.

Por outro lado, a experiência de países desenvolvidos revela que há formas de regulação que podem gerar barreiras à entrada desnecessárias em setores específicos. Assim, é importante assegurar que a regulação apenas crie barreiras à entrada quando for considerado estritamente necessário para a correção das falhas de mercado, procurando ao máximo, maximizar o seu aspecto pró-concorrencial.

Nesse sentido, o Banco Mundial e a OCDE (1996 pp-43) assinalam que uma importante tarefa da agência de concorrência é:

“a eliminação da regulação em mercados onde ela não é necessária, e onde é necessária, ..., a agência pode trabalhar por uma forma de regulação que seja a menos restritiva e estimule o número máximo possível de concorrentes”.

Na mesma linha Farina, Azevedo e Picchetti (1997 pp 66) afirmam que:

¹⁷Esta seção está baseada em CADE (1998, cap.3), editado por César Mattos e Marcelo Nishimoto.

“Competição vigorosa pode ser considerada como o melhor regulador, na medida em que obriga as firmas a minimizar seus custos, manter preços próximos de suas despesas operacionais, e a fornecer produtos de alta qualidade e que incorporem as principais novidades tecnológicas para seus consumidores. Sempre que possível, a política governamental em qualquer indústria deveria tentar substituir regulação por competição entre produtores”(grifos nossos).

Os setores onde se constata maior grau de atividade regulatória por apresentarem maiores problemas de falhas de mercado são os chamados serviços de utilidade pública (SUPs). Conforme Farina, Azevedo e Picchetti (1997- pp 47), as características comuns desses setores de interesse tanto para a regulação quanto para a defesa da concorrência são as seguintes:

- separação entre atividades de geração e distribuição de serviços;
- provisão dos serviços via estrutura de redes;
- ativos específicos e irrecuperáveis, em decorrência sobretudo de especificidades locais;
- demanda generalizada e inelástica;
- uma ou mais etapas da cadeia produtiva com características de monopólios naturais, isto é com curvas de custo subaditivas.

1.1.a. O argumento do monopólio natural

Uma das principais justificativas que tem se verificado na experiência histórica para a substituição completa do regime concorrencial pelo regulatório está baseada na idéia da acentuada influência das economias de escala e de escopo na estrutura de

mercado vigente nos setores de infra-estrutura. o que ensejou, inclusive, a forte participação do Estado na provisão desses serviços no passado, criando em vários países regimes especiais de serviços públicos em segmentos caracterizados por “monopólios naturais”.

Nesse contexto, a viabilidade de reduzir o grau de concentração seria tanto maior quanto maior o tamanho do mercado e o grau de maturidade tecnológica do setor. Depreende-se que poderia não ser factível reduzir a concentração em economias muito pequenas ou com baixo grau de desenvolvimento tecnológico, pois a escala viável não permitiria a operação de mais de uma ou poucas firmas. A ação da agência de defesa da concorrência ou da unidade formuladora de política, nesses casos, deveria ser mais centrada no controle de condutas do que no de estruturas relativamente a outros setores econômicos.

Essa consideração, no entanto, pode ser relativizada. A idéia de monopólio natural não implica a necessidade de construção de um monopólio institucional. Por definição, o monopólio natural emerge de setores onde a tecnologia existente gera *funções custo subaditivas*¹⁸. Dessa forma, o próprio comportamento do mercado poderia levar ao monopólio, tendo em vista que nenhuma outra configuração de mercado seria consistente com lucros positivos. Segundo Viscusi e outros (1995 - Cap 11):

“Se um mercado é um monopólio natural, mas existem várias firmas atuando, a competição tenderá a reduzir o preço abaixo dos custos médios das empresas, acarretando prejuízos”.

¹⁸Funções custo subaditivas podem estar relacionadas tanto com economias de escala como de escopo. Atribui-se normalmente a característica de monopólio natural à existência de economias de escala. No entanto, a existência de economias de escala apenas se torna condição necessária quando se trata de um produtor de um único bem. No caso de um produtor de vários bens, a possibilidade de existência de deseconomias de escopo tornam a existência de economias de escala, uma condição nem necessária e nem suficiente para o estabelecimento de funções custo subaditivas. Maiores esclarecimentos sobre o conceito de subaditividade, ver Tirole (1988 pp-19/20), Viscusi (1995, cap 11) e Possas, Pondé e Fagundes (1997, pp-92).

Nesse sentido, é perfeitamente plausível supor que com esses prejuízos, no longo prazo, o próprio mercado regulará o número de firmas. Ou seja, o Estado não necessariamente precisaria criar barreiras institucionais para que prevalecesse a estrutura mais eficiente, no caso o monopólio ou o oligopólio, visto que o próprio mercado se incumba desse trabalho, inviabilizando a existência de vários concorrentes.

Acrescenta-se que a ação do Estado no sentido de induzir uma estrutura presumivelmente mais eficiente de monopólio pode não ser adequada também pelo fato das *falhas de mercado* configurarem conceito dinâmico, com as rápidas mudanças tecnológicas e do próprio tamanho do mercado que estão, permanentemente, alterando as condições de mercado e, por conseguinte, as estruturas organizacionais existentes. Conforme Viscusi e outros (1995, p.475):

“A qualquer momento, mudanças no mercado podem resultar em uma indústria que deixa de ser um monopólio natural. Uma tarefa importante da agência de regulação é identificar quando tal transformação aconteceu e, então, abrir a indústria à entrada de novas firmas e eliminar os controles de preços.”

Dada a natural morosidade dos governos em perceber mudanças, da natureza discutida acima, a tentativa de corrigir *falhas de mercado* poderia ser substituída por uma desnecessária *falha de Estado* em decorrência da velocidade daquelas transformações. Há sempre o risco dessa *falha de Estado* permanecer por tempo excessivamente grande, com elevadas perdas de eficiência e bem-estar.

Um deslocamento da curva de demanda, por exemplo, pode transformar um segmento caracterizado por monopólio natural em um regime mais próximo a um mercado concorrencial ou, ao menos, pela rivalidade oligopólica. O Quadro 17 em anexo, baseado em Viscusi e outros (1995 p. 479), ilustra o ponto.

Um deslocamento da demanda de D_0 para D_1 pode ultrapassar o trecho da curva de custo em que se verifica subaditividade, justificando a existência de mais de uma unidade produtiva.

De fato, quando a demanda é representada pela curva D_0 a quantidade correspondente ao tamanho mínimo eficiente, q_{\min} é superior àquela determinada pelo mercado,

$$q_{\min} > q_m$$

caracterizando uma situação de monopólio natural e justificando a regulação.

Suponha, no entanto, uma situação em que a demanda se desloca para D_1 em virtude, por exemplo, da redução do preço de um bem complementar causada, por sua vez, por uma mudança tecnológica¹⁹. Isto permitiria uma quantidade mínima eficiente ($q_1/2$, por exemplo) inferior à quantidade de mercado,

$$q_1/2 < q_m^1$$

eliminando a motivação para a regulação do mercado.

Cumpra, portanto, assegurar que a ação do Estado tenha sempre um sentido pró-concorrencial, especialmente naqueles setores onde a competição é inviável sem mecanismos de intervenção. Ademais, o argumento de monopólio natural deveria ter aplicabilidade menos freqüente na definição do marco regulatório. As próximas subseções analisam alguns segmentos específicos.

¹⁹Poder-se-ia, por exemplo, imaginar na demanda por linhas telefônicas diante do aparecimento de novos produtos associados à informática.

2. REGULAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O setor de telecomunicações constitui um dos ramos mais dinâmicos do ponto de vista tecnológico. A experiência dos EUA na área de telecomunicações ilustra a adaptação da regulação às transformações da base produtiva, bem como da eventual demora em tornar mais flexível a entrada.

As novas tecnologias que foram sendo disponibilizadas, especialmente para os serviços de ligações interurbanas, além de tornarem superada a aplicação do conceito de monopólio natural, passaram a demandar do órgão regulador um foco maior de sua ação tanto na flexibilização das barreiras à entrada institucionais (geradas pelo próprio órgão regulador) como daquelas erigidas pelas próprias empresas instaladas. Conforme Noll e Owen (1994 -pp331):

“Após cada importante inovação tecnológica, o governo permitia algum grau de concorrência. Por exemplo, quando a tecnologia dos cabos coaxiais transoceânicos se tornou técnica e economicamente factível, o governo permitiu a entrada de várias firmas além da AT&T. A tecnologia de microondas, desenvolvida para o governo durante a Segunda Guerra Mundial, possibilitou uma alternativa para os cabos coaxiais para as telecomunicações domésticas de longa distância. Após uma década de indecisão, a Federal Communications Commission (FCC) permitiu que grandes corporações usassem essa tecnologia para construir suas próprias redes privadas, permitindo que as mesmas entrassem em concorrência direta com a AT&T na provisão de certas categorias de serviços. Finalmente, quando as comunicações por satélite se tornaram disponíveis para os serviços de telecomunicações doméstica e internacional de longa distância, a permissão de uso dessa tecnologia foi dada primeiro para outras firmas; de fato, por cerca de uma década, não foi permitido à AT&T ter seus próprios satélites para qualquer propósito”.

2.1. Lições da experiência norte-americana

Cabe destacar duas das principais lições da experiência americana verificadas na relação da agência de regulação de telecomunicações dos EUA, a FCC (Federal Communications Commission) e a AT&T, no sentido de evitar práticas anticompetitivas:

- (i) a necessidade de manter a interconexão dos sistemas de telefonia das várias empresas. Isso é particularmente importante nesse mercado tendo em vista que, conforme Noll e Owen (1994 - pp330),

“como as chamadas são a fonte da demanda do consumidor pelo serviço, o valor desse último varia diretamente com o número de pessoas com as quais um indivíduo possa se contactar”.

Assim, a eventual recusa da interconexão por parte de uma empresa telefônica com grande número de clientes como a AT&T para com outra com um contingente menor, reduziria, de forma artificial, o valor do serviço prestado por essa segunda, erigindo uma barreira à entrada prejudicial à concorrência. Isso deriva uma necessidade de se estabelecer uma regulação pró-competitiva que assegure a interconexão. Conforme Herrera (1997):

“É necessário ter em conta que no setor de telecomunicações não se transita naturalmente para uma estrutura competitiva através de um mero expediente de autorização legal à entrada de novos operadores. Muito pelo contrário, toda a experiência internacional mostra que se a autoridade reguladora não intervém para impedir práticas excludentes, a existência precedente no mercado permite às prestadoras locais construir fortes barreiras ao ingresso utilizando múltiplas estratégias, entre as quais se incluem dificultar ou impedir a interconexão à rede e impor preços de acesso discriminatórios com efeito de gerar custos adicionais aos concorrentes. Obviamente a capacidade de adotar estratégias do gênero se

potencia quando os governos outorgam o que na América Latina se chama eufemisticamente de “direitos de exclusividade temporário”.

(ii) o elevado risco de venda casada de bens ou serviços de telecomunicações pela relação verticalizada entre um setor regulado e um não regulado. A AT&T sempre comprava equipamentos de telecomunicações da sua própria afiliada, a Western Electric. Assim, um mercado com características de monopólio natural (os serviços de ligações telefônicas) e regulado permitia à AT&T não só usufruir de lucros supra-normais neste último, como no de venda de equipamentos, o qual poderia prescindir de regulação, dada sua característica concorrencial. Conforme Noll e Owens (1994 -pp. 333),

“a essência do caso da AT&T foi que essa empresa usou de seu status de monopólio regulado em muitos de seus mercados para erigir barreiras anticoncorrenciais à entrada em mercados potencialmente competitivos”.

Atualmente no Brasil e no mundo, verifica-se um rápido processo de inovação tecnológica com uma conseqüência importante do ponto de vista da concorrência: as várias tecnologias relacionadas às empresas atuantes nas áreas de canais pagos (TV a cabo, por exemplo) e informática (uso da Internet para comunicações em geral) e celular estão cada vez mais tornando menos definidos os limites do mercado relevante de telefonia fixa tanto de chamadas locais como interurbanas.

Ademais, essas transformações colocam novos desafios ao processo regulatório e à defesa da concorrência. Por exemplo, um dos argumentos mais levantados para suscitar uma regulação anti-concorrencial é o da necessidade de assegurar a universalização dos serviços. Apesar deste ser um objetivo fundamental da política de regulação, isso não implica que o mesmo seja contraditório a uma regulação pró-concorrencial.

Nesse sentido, Herrera (1997) enfatiza a necessidade de relativização desse argumento, além de destacar a impropriedade de se manter um monopólio institucional a partir do argumento de monopólio natural, no contexto das fortes transformações tecnológicas do setor:

“Após uma série de transformações tecnológicas do setor de telecomunicações, particularmente na área de transmissão²⁰, não parece subsistir nenhum segmento que possa ser genuinamente caracterizado como um monopólio natural. Em verdade, se constituiu um regime de oligopólio misto enormemente competitivo, com lugar para a entrada de dezenas de competidores de menor tamanho, atuando em nichos de mercado....

Isso tem enormes implicações do ponto de vista do desenho de um marco regulatório apropriado, tornando difícil encontrar un argumento econômico que justifique socialmente continuar protegendo institucionalmente o monopolista. Muito pelo contrário, neste contexto, a introdução da concorrência pode ser um instrumento poderoso de universalização dos serviços de telecomunicações por diversos motivos. Em primeiro lugar, porque amplia a proporção da população que pode ter acesso ao serviço pagando os preços de mercado, tanto induzindo as empresas a reduzir seus custos, ajustando seus preços de acordo, como criando incentivos para expandir a oferta. Em segundo lugar, porque na medida em que pressiona as empresas a serem mais “criativas” do ponto de vista tecnológico e organizacional, estimula o surgimento de inovações redutoras de custos. Em síntese, a concorrência reduz.... o valor do déficit público que se deve incorrer para viabilizar o acesso aos serviços de telecomunicações nas zonas rurais ou remotas minimizando a necessidade de subsídios públicos”.

²⁰Onde é notória a proliferação do uso de satélites, cabos óticos, sistemas de microondas e tecnologia celular.

3. REGULAÇÃO NO SETOR ELÉTRICO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA²¹

A análise da relação entre regulação e concorrência no setor elétrico se distingue daquela do de telecomunicações na medida em que a tecnologia do primeiro já possui razoável grau de maturidade. Além disso, o setor elétrico, como de resto na maioria dos setores que envolvem obras de engenharia, apresenta ganhos de escala significativos. Isto é particularmente presente no caso do setor elétrico brasileiro, em função de sua característica marcadamente hídrica, exigindo quase sempre obras civis volumosas.

A partir daí surgem questões concorrenciais importantes relacionadas a barreiras à entrada (devido ao volume de investimentos requeridos), monopólios naturais (de forma mais marcante no caso da distribuição) e poder de mercado (envolvendo, por exemplo, o percentual de mercado sob controle de um determinado agente).

Uma das formas de contornar estes problemas é estabelecer limitações à propriedade de ativos em um determinado segmento (geração, distribuição ou uma combinação deles) dentro de uma área geográfica. Apesar desse ser um instrumento que pode ser utilizado, é importante levar em conta que as economias de escala tanto de curto quanto de longo prazos podem fazer com que o estabelecimento de limites muito rígidos introduza ineficiências, respectivamente, na forma de custos médios maiores (por subutilização de capacidade, por exemplo) e nível subótimo de investimentos.

Possas, Fagundes e Pondé (1997, p.100) sublinham os conflitos de política pública envolvidos na desverticalização no contexto da regulação não só do setor elétrico, como dos outros setores de infraestrutura:

“os dilemas surgem à medida que, se um alto grau de verticalização pode ser, por um lado, uma fonte de poder de mercado excessivo para as empresas reguladas, a

²¹Parte dessa seção foi baseada em Averbuch (1998).

desverticalização, por outro, pode gerar ineficiências produtivas e de coordenação. Uma avaliação dos “trade-offs” relevantes mostra, portanto, fundamental para a implementação de uma política eficaz.....

Uma desverticalização excessiva pode, portanto, interromper ou dificultar o aprendizado interativo ao longo das cadeias produtivas, com efeitos negativos sobre a introdução e difusão de novas tecnologias”.

Com relação aos efeitos das regras de limitação de propriedade sobre a concorrência, cabe realçar ainda o importante papel da definição do mercado relevante geográfico. Mercados relevantes geográficos que sejam definidos de forma mais ampla que o devido, especialmente na distribuição, podem tornar inócua essa restrição.

A delimitação das jurisdições nacionais constitui outro ponto a ser considerado. Isso decorre do fato de que pode ser preferível a uma empresa geradora, ainda que de propriedade nacional, se instalar em país vizinho visando escapar às limitações impostas em território nacional.

3.1. Substitutibilidade entre gás natural e energia elétrica

Um aspecto que merece ser abordado é o fato de que em todo o mundo há uma tendência à interligação entre os mercados de gás natural e energia elétrica, sendo muito frequentes as fusões de empresas nesses setores. No Brasil, estas duas formas de energia estão sob o controle de agências reguladoras diferentes (ANEEL e ANP), mas seria interessante para o País uma abordagem conjunta das duas fontes, pois envolvem mercados que competem por um lado, mas se complementam por outro. Neste campo, há temas de grande importância, como a verticalização e a possibilidade de substituição entre as duas fontes, os quais influem na definição de mercado relevante e, por conseguinte, na análise dos aspectos concorrenciais.

No caso específico do Brasil, cabe realçar o fato de que, atualmente, as companhias, tanto de gás como de eletricidade, não podem fornecer nenhum produto ou serviço que não sejam, respectivamente, gás ou energia elétrica. Todavia, há uma tendência mundial de se permitir, para uma mesma companhia (de gás ou energia elétrica), fornecer outros serviços ou produtos tais como vapor, água, etc. As companhias tornam-se centrais de utilidades. Tira-se partido das economias de escopo e no Brasil seria possível aumentar a competição entre as empresas, em especial na área de distribuição, se, no momento da concessão ou autorização, fosse permitido às empresas ampliar seu campo de negócios.

3.2. Novas tecnologias

Um ponto importante a considerar é a possibilidade de tecnologias ainda não maduras, como a geração eólica, virem a ocupar um espaço mais significativo em futuro não muito distante, principalmente à medida em que for se ampliando a geração de origem térmica no País. Esse fator pode tornar relevante a questão do ritmo de inovação tecnológica e as formas de regulação do setor.

Cabe ainda considerar as sinergias existentes entre os sistemas de geração térmica e eólico. No Brasil, em um sistema de geração que contará com uma parcela térmica cada vez mais importante, a detenção gratuita de potenciais eólicos (visto que a lei atual não exige licitação para a sua exploração) trará vantagens competitivas àqueles possuidores de plantas térmicas, os quais, operando conjuntamente com as plantas eólicas, podem, fazendo uso de um recurso natural ao qual seus competidores não têm acesso, economizar combustível e oferecer energia a um custo mais barato do que de seus concorrentes. A este respeito é importante frisar que não se tem notícia acerca de estudos de mensuração do potencial eólico brasileiro em nenhum ponto do território nacional segundo as técnicas mais adequadas.

3.3. Efeitos da verticalização

O primeiro tipo de verticalização mais óbvio é aquele em que a empresa de geração e de distribuição pertencem ao mesmo grupo. Neste caso, o limite à propriedade pode solucionar uma parte do problema, chegando-se, no limite, à proibição de que um agente atue nos dois segmentos ao mesmo tempo, tal como procedido na Argentina na divisão entre os segmentos de geração e distribuição²².

Um outro caso, menos freqüente, é aquele em que consumidores eletro-intensivos adquirem plantas de geração, podendo então usá-las como forma de alavancar seus negócios principais, praticando discriminação de preços em relação a outros concorrentes, ou recusando-se a contratar com eles, preferindo, até mesmo, não gerar energia para forçar seus competidores a buscar energia mais cara em outras fontes e, assim, perder competitividade. Este é um tema que merece um estudo cuidadoso, visto que os impactos da verticalização podem não estar restritos ao âmbito apenas do setor de energia elétrica.

Um outro aspecto interessante da nova regulação que se implanta no Brasil é o fato de que, ao lado das barreiras legais (licitação, condições técnicas, etc.), surge, ainda que de modo indireto, a tarifa de transmissão como uma nova barreira, talvez a principal, à entrada no campo da geração. Isto se deve ao fato de que, a depender de onde se instala a geração e do ponto em que se situa a carga a ser suprida, o investimento nesse segmento pode ser, ou não, competitivo, a depender das tarifas diferenciadas de transmissão. O conhecimento, por parte dos agentes, da forma como se dá a determinação das tarifas de transmissão, passa a ter, portanto, uma importância fundamental.

²²Ver Bogo (1997 pp-4).

4. REGULAÇÃO NO SETOR FERROVIÁRIO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA²³

Um importante setor de infra-estrutura que atravessa uma fase de grandes transformações é o de transportes ferroviários. A malha da Rede Ferroviária Federal foi dividida em seis partes, após o que foi recentemente entregue à administração privada. Além das malhas oriundas da RFFSA, existem as ferrovias da Vale do Rio Doce, vendidas juntamente com a companhia e a Fepasa, pertencente ao Estado de São Paulo.

O transporte ferroviário pode ser dividido em dois segmentos distintos: passageiros e cargas.

4.1. Transporte de passageiros

No primeiro caso, os problemas concorrenciais parecem menores, pois praticamente em todos os locais onde há ferrovias, existe a alternativa do transporte rodoviário de passageiros. Ou seja, as tarifas e a qualidade do serviço ferroviário são muito condicionadas pela competição direta das rodovias. Apesar disso, essa concorrência deve ser relativizada pelo estado ruim em que se encontram, atualmente, as rodovias brasileiras, bem como pelas próprias limitações da concorrência no transporte rodoviário.

Um caso especial ocorre na ferrovia que liga Carajás a São Luís (MA), onde não há a alternativa rodoviária e, mesmo nos trechos em que há ônibus, o passageiro, para fazer trajeto semelhante, é obrigado a realizar uma série de baldeações em veículos desconfortáveis, enquanto o trem oferece carros diferenciados e atende a toda a região.

²³Esta seção está baseada em Averbuch (1998).

De qualquer forma, o transporte de passageiros como um todo deveria merecer profundo reexame visando propiciar maior concorrência.

4.2. Transporte de cargas

O caso do transporte de cargas requer análise mais cuidadosa. Existem, de modo genérico, dois tipos de cargas transportadas nas vias férreas: uma carga dita geral (incluindo a maior parte das mercadorias) e a carga típica das ferrovias.

As cargas gerais são mais sujeitas à concorrência das rodovias e, neste caso, os problemas concorrenciais existentes serão mais agudos nos trechos em que a qualidade das estradas for mais precária, dado que a alternativa da rodovia se torna mais custosa e/ou insegura.

Entende-se por carga típica aquela de grande peso e volume e baixo valor agregado, no qual o custo do frete influi de forma sensível no custo final do produto no ponto de entrega ao consumidor. É o caso, por exemplo, de minérios, cimento, combustíveis e grandes volumes de grãos. Para essas cargas, quanto maior a distância a ser percorrida, mais interessante se torna o transporte via ferrovia, visto que o custo por quilômetro transportado torna-se sensivelmente menor em relação àquele da rodovia. Existem, ainda, restrições legais ao transporte de minérios por estradas, além do limite técnico determinado pelas chamadas “obras de arte rodoviárias”. Por outro lado, no transporte de algumas destas cargas, as ferrovias enfrentam algum grau de concorrência que variam de trecho para trecho. É o caso do transporte de combustíveis e grãos.

Ressalte-se, ademais, o fato de que as ferrovias e os portos operarem de forma muito integrada, sendo que, na definição do custos do transporte de produtos para a exportação, o que importa, na prática, é a combinação das duas tarifas, ferroviária e portuária.

As ferrovias, em geral, constituem um segmento com características próximas ao monopólio natural e a negativa de acesso à linha, a prática de ações discriminatórias ou a cobrança de tarifas abusivas por parte do concessionário pode fazer com que os usuários percam o acesso aos portos e, por conseguinte, a competitividade do seu negócio. A situação pode ser ainda agravada se um determinado grupo empresarial detiver o controle do porto e da ferrovia. Neste caso, atitudes discriminatórias podem, simplesmente, inviabilizar grandes investimentos. No caso brasileiro, a maior atenção aos problemas concorrenciais nesse setor deriva do fato que alguns dos grupos controladores das ferrovias são também usuários das mesmas e poderiam, hipoteticamente, estabelecer restrições aos seus concorrentes que não participam do consórcio ferroviário.

Esta situação tem importante precedente jurisprudencial, na realidade já ocorreu concretamente, no início do século na cidade de St. Louis, nos EUA, dando origem ao que se chamou da “doutrina da *essential facility*”, a qual determina que se garanta, nesses casos, acesso àquelas instalações que são essenciais ao negócio dos demais agentes econômicos. Assim, por exemplo, uma mineradora que detenha a concessão de uma ferrovia ou porto (ou ambos) não pode, em determinadas circunstâncias, negar à outra mineradora o direito a transportar os seus produtos na ferrovia (em vagões próprios ou não) ou embarcá-los de seu porto.

Nos contratos de concessão firmados com os consórcios vencedores das licitações em cada uma das malhas, houve a preocupação do Governo em evitar práticas abusivas no que se refere a preços, mas é necessário que outras ações atentatórias à concorrência sejam evitadas. Alguns argumentam que aqueles que se sentirem prejudicados por atos discriminatórios podem recorrer ao Ministério dos Transportes, responsável pela concessão e fiscalização do serviço de transporte ferroviário. Embora verdadeiro o argumento, deve-se considerar que, entre a ocorrência da prática abusiva, a reclamação, a constatação pelo poder concedente e a sua cessação, pode decorrer um lapso de tempo considerável, com prejuízos elevados por parte daqueles que dependem das ferrovias. É o caso dos produtores de

grãos que, por negociarem um produto perecível e sujeito às condições do mercado internacional, não têm tempo hábil para fazer valer os direitos que consideram ameaçados.

Torna-se importante, portanto, evitar que os problemas concorrenciais se instalem, para que o recurso ao Poder Concedente seja uma exceção e não a regra. Deve-se buscar, portanto, ao analisar questões concorrenciais envolvendo as ferrovias, estabelecer regras que, do ponto de vista concorrencial, minimizem os conflitos e dêem segurança aos diversos agentes econômicos interessados. Neste sentido, estão a garantia do direito de passagem e a proibição de discriminação, seja quanto ao acesso, seja quanto a preços, de qualquer dos usuários das ferrovias.

Parece fundamental, portanto, que o novo processo regulatório no Brasil seja menos voltado para o controle de entrada e saída de novas firmas no mercado e mais voltado para a adequação do comportamento das firmas existentes ao processo de maximização de bem-estar social.

5. REGULAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA²⁴

A idéia de descentralização que permeou o modelo portuário brasileiro pós-1990, com a extinção da Portobrás, aumentou a concorrência entre portos. Apesar de sua importância, há que se reconhecer os seus limites para reduzir custos portuários e aumentar a eficiência das operações. Características estruturais, associadas principalmente ao diferencial de custo de transporte terrestre entre um porto e outro, tornam a existência de concorrência entre portos condição necessária, mas não suficiente para atingir aqueles objetivos.

²⁴Essa subseção está baseada em Oliveira e Mattos (1998). Uma versão ampliada deste texto foi submetida à Revista RAE.

É lícito supor que certos portos apresentam características de monopólio natural, tornando implausível uma concorrência acirrada dentro de uma determinada área geográfica. Ou seja, o “mercado de portos” apresenta imperfeições, tornando essencial uma atenção especial ao fomento da concorrência inter-portos. Isso inclui a concorrência entre terminais, operadores, trabalhadores, dentre outros.

Pode-se dizer que o vigor da concorrência nos portos afeta a concorrência em praticamente todos os setores de bens comercializáveis no mercado externo (*tradeables*). De fato, o grau de influência da abertura econômica sobre a contestabilidade dos mercados internos naqueles setores apresenta forte conexão com os custos (e, por conseguinte, com a concorrência) nos portos. Afinal, a grande massa de importações entra no país pelo porto, fazendo com que a não consecução dos objetivos concorrenciais nesse setor possa prejudicar parte dos ganhos de bem-estar almejados com a abertura econômica. Isso sem falar nos impactos sobre a competitividade das exportações brasileiras.

Por sua vez, a Lei 8.630/93, de modernização portuária, obteve avanços na concorrência intra-portos, os quais podem ser melhor concretizados em suas regulamentações posteriores e pela ação dos “órgãos reguladores” de cada porto, no caso os Conselhos de Autoridade Portuária (CAP), e das administrações dos portos.

A autoridade deve estar cada vez mais atenta às limitações na operação portuária que estejam causando prejuízos à concorrência sem ganhos compensatórios de eficiência, o que gera a necessidade de uma cooperação mais próxima com esses órgãos reguladores da atividade portuária.

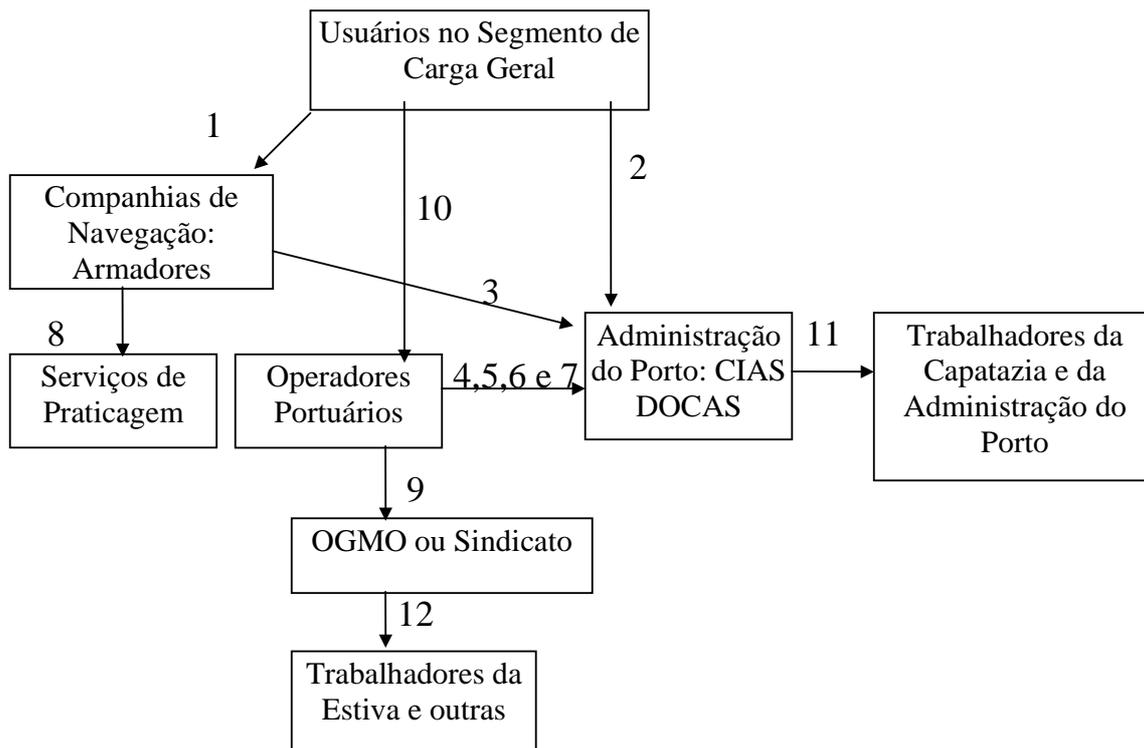
Destaquem-se os principais pontos de contato da prática regulatória em um porto e a concorrência:

- processo de pré-qualificação do operador portuário e a liberdade de escolha dos usuários em relação aos mesmos;

- funcionamento dos Órgãos Gestores da Mão de Obra (OGMO) que deve permitir uma prática regulatória com maior flexibilidade na contratação de trabalhadores. Particularmente imprópria é a manutenção de tabelas de ternos de serviços, que restringem as possibilidades de escolha dos operadores ou usuários do número de trabalhadores nas operações;
- aspectos do funcionamento do serviço de praticagem;
- a possibilidade de bloqueio de concorrentes nas operações dos terminais privativos.

Quadro 15

Sistema de Pagamentos no Porto de Santos



1. Frete;
2. Taxa de Armazenagem;
3. Taxa de Utilização da Infra-estrutura Portuária;
4. Taxa de Infra-estrutura operacional;
5. Aluguel de equipamento da administração do porto;
6. Taxa de serviços gerais;
7. Capatazia;
8. Praticagem;
9. Remuneração;
10. Pagamento do serviço de operação portuária;
11. Pagamento aos trabalhadores da capatazia e administração portuária;
12. Pagamento da Estiva e outras categorias.

FONTE: FIPE e GEMPO. Elaboração: Oliveira e Mattos (1998).

Enfim, o incremento da concorrência inter-portos depende, naturalmente, do conjunto das fases da operação portuária. Uma série de custos são repassados de um agente para o outro até, finalmente, chegar ao usuário, conforme o Quadro 15.

Segundo o Quadro 15, se não houver concorrência entre os operadores portuários, todo o esforço de modernização das relações capital-trabalho via OGMO pode ficar prejudicado no sentido de reduzir o custo da operação. Afinal, o usuário paga diretamente ao operador, que negocia com o trabalhador. O operador repassará tanto mais para o usuário a redução do custo da mão de obra, quanto mais o mesmo operar em um ambiente concorrencial. Poder-se-ia imaginar uma situação limite na qual um operador com elevado poder de mercado no porto, pela falta de concorrência, venha absorver todo o ganho da racionalização da contratação da mão de obra portuária sem repassar para o usuário.

Também na praticagem todo o esforço de racionalização demanda a existência de concorrência entre as empresas de navegação. No limite, a ampliação da concorrência no serviço de praticagem poderia ter efeitos pequenos para o usuário, se a redução de custo gerada for absorvida apenas pelas empresas de navegação. O mesmo vale para a racionalização dos serviços prestados pelas Companhias Docas. Observe-se que, mesmo aumentando a eficiência na administração portuária, o repasse dos benefícios ao usuário final pode ser limitado apenas à taxa de armazenagem (2), pois as taxas de infra-estrutura, serviços gerais e aluguel de equipamentos (4, 5 e 6) passam pelo operador portuário que, se estiver fora de um ambiente concorrencial, pode absorver todo o benefício.

V. CONCLUSÃO: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTER-INSTITUCIONAL

Os setores de infra-estrutura são cruciais para a redução do Custo Brasil e aumento da produtividade macroeconômica. Do ponto de vista específico da concorrência são

determinantes para parcela ponderável da cesta de bens consumida pela população, bem como para as condições de acesso do capital privado e, conseqüentemente, para a determinação das barreiras à entrada de um amplo conjunto de setores.

A modernização da economia brasileira aumentou a importância da defesa da concorrência também na área de infra-estrutura, sendo que a relação com os novos órgãos reguladores será fundamental. Assim, apresenta-se, no Quadro 16, um comparativo das novas agências de regulação quanto à sua natureza jurídica, composição, competência e possível interação com o CADE.

Farina, Azevedo e Picchetti (1997) destacam questões importantes na regulação de estruturas e de condutas anticompetitivas nos setores de infra-estrutura, tipicamente relacionadas à forma de ação das agências de defesa da concorrência. No que tange ao controle de estruturas, o que está intimamente relacionado à privatização, os autores enfatizam o dilema de se aplicar ou não políticas de separação vertical a monopólios previamente integrados. Em relação à regulação de condutas, despontam as questões relativas à definição de preços de acesso, dentre outros elementos de interconexão.

Assim, é importante que a autoridade de defesa da concorrência esteja preparada para o desafio de, em cooperação com estas novas agências regulatórias setoriais, fazer cumprir o seu papel no aumento de eficiência desses setores na economia nacional. Do ponto de vista da política pública, isto requer um projeto de desenvolvimento institucional envolvendo programa de três fases:

Fase I: treinamento intensivo dos técnicos das várias agências, procurando familiarizá-los com as inter-conexões entre a regulação e a defesa da concorrência. A Seção 5 deste Relatório contém elementos para uma agenda inicial.

Fase II: formulação de convênios amplos de cooperação técnica, visando estabelecer ações cooperativas regulares entre as diferentes agências.

Fase III: formulação de convênios operacionais visando a detalhar rotinas e procedimentos administrativos necessários ao cumprimento da Lei 8.884/94 em conexão com a legislações setoriais específicas.

Quadro 16

Comparativo das Agências de Regulação e o CADE

AGÊNCIA	NATUREZA JURÍDICA	COMPOSIÇÃO	COMPETÊNCIA	POSSÍVEL ATUAÇÃO DO CADE
ANATEL Agência Nacional e Telecomunicações	Autarquia especial vinculada ao Ministério das Comunicações	5 conselheiros com mandato de 5 anos	Regular e fiscalizar o setor de telecomunicações	Atuação conjunta em atos de concentração, bem como às infrações contra à ordem econômica
ANP Agência Nacional do Petróleo	Autarquia especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia	1 diretor-geral e 4 diretores com mandato de 4 anos	Regular e fiscalizar as atividades relativas ao monopólio do Petróleo	A ANP deverá atuar com o CADE na repressão das infrações contra à ordem econômica
ANEEL Agência Nacional de Energia Elétrica	Autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia	1 diretor-geral e 4 diretores com mandatos de 4 anos	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica	-
CAP Conselho de Autoridade Portuária		Colegiado composto por representantes do Poder Público, dos usuários e dos operadores e trabalhadores portuários, com mandato de 2 anos.	Regular e fiscalizar o funcionamento e a exploração do setor portuário	O CAP deverá zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência.

FONTE: Oliveira e Mattos (1998).

A articulação inter-institucional se torna particularmente importante quando se considera a atual fase do programa de privatização que, conforme registra o Quadro 10, envolve setores de infra-estrutura. Possas, Fagundes e Pondé (1997 pp-111) destacam bem essa necessidade de articulação:

“as muitas conexões, de natureza técnica e institucional, entre os diferentes órgãos responsáveis pela regulação da concorrência lato sensu - tanto de defesa da concorrência como de regulação “ativa” - recomendam não apenas maior integração entre suas atividades, como, principalmente, um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e de aprendizado recíproco. De fato, a maior parte das variáveis competitivas, seus desdobramentos para a análise de mercado e as implicações regulatórias relevantes discutidas no texto para o âmbito da regulação “ativa” são inteiramente extensíveis à regulação, que chamamos de “reativa” , de defesa da concorrências, sendo por isso familiares à análise antitruste, e já contando mesmo com substancial literatura técnica e acadêmica aplicada a diversas das questões mencionadas.

Os prováveis conflitos de jurisdição que venham a surgir entre as agências reguladoras desses dois tipos devem servir como motivo para reforçar o terreno comum, e não para multiplicar os focos de atrito interburocrático. No caso brasileiro, especificamente, a experiência acumulada pelo CADE - assim como a secular experiência internacional em defesa da concorrência e em política antitruste - ainda que modesta, sugere como medida sensata considerá-la atentamente na montagem e operação dos órgãos reguladores dos setores da infra-estrutura, especialmente no que se refere às normas técnicas de caráter econômico a serem adotadas (preços, trade-offs entre eficiência alocativa e produtiva/inovativa, análises de mercado, definição do mercado relevante, etc.), e ao formato institucional que virão a assumir.”

Apesar de sua adequação conceitual, tal sistema de competências compartilhadas requer notável esforço de cooperação institucional e minimização de custos de coordenação das diferentes agências envolvidas.

A saída para evitar conflitos de competência e morosidade na resolução de problemas reside na cooperação inter-institucional mediante convênios operacionais. Tal agenda constitui, sem dúvida, um dos maiores desafios no atual processo de reforma da administração pública brasileira.

Enfim, não há, de fato, tema no qual convirjam de forma tão plena, objetivos de política pública de defender a concorrência e reduzir o Custo Brasil, quanto nos setores de infraestrutura regulados, o que torna fundamental a operacionalização dessa cooperação.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALVES, J.J.F. Direito da Concorrência nas Comunidades Européias, Coimbra 2ª edição, 1992.

ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, American Bar Association, 1992.

AREEDA, P. e KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: problems, text, cases*, Boston, Little Brown and Company, 1988.

AVERBUCH, I. *Concorrência e Regulação no Setor Elétrico*. Cade: Texto para Discussão, 1998.

BEESELEY, M. E., *Privatization, Regulation and Deregulation*, 1991.

- BOGO, J., “*Privatizationes e Competencia-Algunos Comentarios Sobre la Experiencia Argentina*”
- BONER, R. e KRUEGER, R.,- *The Basic of Antitrust Policy: Ten Nations and the EEC*, Washington, D.C. - World Bank, 1990.
- BOUBAKRY N. e COSSET J. C., *The Financial and operating performance of Newly Privatized Firms: Evidence From Developing Countries*, Centro de economia e pesquisa aplicada. Université Laval, Quebec, Canadá. - nov. 1996.
- BULGARELLI, W., *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, 2ª edição - Ed. Atlas S.A. - São Paulo, 1996.
- CARDOSO, Fernando H. *O Modelo Político Brasileiro*. S.Paulo, Difel, 1973.
- CARVALHO, N T., *As concentrações de empresas no Direito Antitruste*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1995.
- CASTELAR PINHEIRO, A. *No que Deu, Afinal, a Privatização?*, Textos para Discussão 40, BNDES, 1996.
- COMISSÃO EUROPÉIA DG-IV, *Compilación de Legislación de la Competencia América Latina & Caribe*, 1997.
- DUTRA, P. *O Novo Estado Regulador Brasileiro*, Monitor Público, RJ, No 12, jan-mar, 1997.
- EXAME, MELHORES E MAIORES, Várias edições.

FARINA, E.M.M.Q. AZEVEDO, P.F. E PICCHETTI, P. *A Reestruturação dos Setores de Infraestrutura e a Definição dos marcos regulatórios: Princípios Gerais, Características e Problemas*. Infraestrutura perspectivas de reorganização - IPEA. 1997.

FERRAZ JR., T. S. *Lei de Defesa da Concorrência - Origem Histórica e Base Constitucional*, Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, n.2, p.65-74.

FILHO, J.C.M. e OLIVEIRA C. W., *O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileiras*, texto para discussão nº 422, IPEA, maio de 1996.

FONSECA, J.B.F., *Lei de Proteção da Concorrência- Comentários à Lei antitruste*, Forense, Rio de Janeiro, 1995.

FORGIONI, P. *Os Fundamentos do Antitruste*, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, mimeo, 1997.

FRANCESCHINI, J.I., *Introdução ao Direito da Concorrência*, Malheiros Editores, 1996.

FRANCESCHINI, J.I. e FRANCESCHINI, J.L.V., *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, Editora Revista dos Tribunais, 1985.

FRANCESCHINI, J.I. *Legislação Brasileira Antitruste (e seus antecedentes históricos)*, encadernação não publicada, 199?.

FREIRE, M.V., *A atuação do CADE diante da desestatização*, Revista de Direito Econômico- CADE, n. 23, abril/junho de 1996, pp. 73-84.

GAZETA MERCANTIL, Várias edições e encartes especiais.

- KHEMANI, S. e DUTZ, M. *The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development*, em FRISCHTAK, C. (editor), *Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective*, Banco Mundial, dezembro de 1995.
- LA PORTA, R. e LOPES-de-SILANES F. *The Benefits of Privatization: Evidence From Mexico*, Harvard University- 28 jan.de 1997.
- LEINDENZ, C.C., *Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy- The Venezuelam Experience 1993-1997*, Trabalho elaborado para o seminário sobre política de concorrência e reforma econômica organizado por OECE/CADE/IBRAC no Rio de Janeiro em jul. 1997.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*, Editora Forense, 1995.
- LONDONO, A.M., *El Derecho de la Competencia en el Setor de las Telecomunicaciones*, Pontificia Universidad Javeriana- Centro de Estudos de Derecho de la Competencia “CEDEC”- Santa Fé de Bogotá, Abril de 1997.
- LOPES-de-SILANES F., *What Factor Determine Auction Prices in Privatization*, Viewpoint, publicação do Banco Mundial- jun. de 1997.
- MALARD, N.T., *Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle*, Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 48, n. 185, pp. 203-231, jan./jun. 1995.
- MARQUES, H.N., *Privatização e Qualidade dos Serviços Públicos de Infra-Estrutura: Controle Social e Participação do Consumidor*, Texto para Discussão nº 426, IPEA, junho de 1996.

MARTIN, S. e PARKER, D., *The Impact of Privatisation- Ownership and Corporate Performance in the U.K. (Industrial Strategies for Europe)*, Editora Routledge- 1997.

NELLIS, J, *Is Privatization Necessary.*, Viewpoint, publicação do Banco Mundial- maio de 1994.

NELLIS, J. *Competition and Privatization: Ownership Should not Matter - But It Does*, apresentação no III Seminário Internacional sobre Direito da Concorrência no Rio de Janeiro, 1997.

OEА, *Inventário de Leyes y Normas Referidas a las Praticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental* (informe preliminar), 1996.

OECD and WORLD BANK. *Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective*. Buenos Aires, Argentina. 1996.

OECD, *Competition Policy in OECD Countries*, 1997.

OLIVEIRA, G. *Brasil Real:Desafios da Pós-Estabilização na Virada do Milênio*, Editora Mandarim, 1996.

OLIVEIRA, G. *Globalização, Abertura e Concorrência*, em Revista de Direito Econômico, CADE, No 23, abril/junho de 1996.

PACKARD, Vance. *The Hidden Persuaders*, New York, McKay, 1957.

PINHEIRO, A.C. , *No que Deu, Afinal, a Privatização?*, Textos para Discussão 40, BNDES, 1996.

PINHEIRO, A.C. e SCHNEIDER, B.R., *The Fiscal Impact of Privatization in Latin America*, Texto para Discussão nº 354, IPEA, out. de 1994.

PINHEIRO, A.C. e GIAMBIAGI, F., *Brazilian Privatization in the 1990s*, Texto para Discussão nº 323, IPEA, out. de 1993.

PINHEIRO, A.C., *A privatização Tem Jeito*, Texto para Discussão nº 338, IPEA, maio de 1994.

PINHEIRO, A.C., *Structural Adjustment and Privatization in Brazil*, Texto para Discussão nº 356, IPEA, nov. de 1994.

POHL, G. e ANDERSON, R. , *Privatization And Restructuring in Central and Eastern Europe*, Viewpoint, publicação do Banco Mundial- maio de 1997.

REALE, M. *Aplicações da Constituição de 1988*, Editora Forense, 1991.

RELATÓRIO CADE (OP 02/94), Operação Ultrafértil.

SALGADO, L.H. *A Economia Política da Ação Antitruste*, Editora Singular, 1997.

SCHERER, F.M. e ROSS, D., *Industrial Market structure and Economic Performance*, 3ª edição - Boston: Houghton Mifflin, 1990.

TANDON, P., *The Efficiency of Privatized Firms- Evidence and Implications*, Boston University. Paper preparado para o departamento de pesquisa política do Banco Mundial- dez de 1994.

TIROLE, J. *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988.

UNCTAD, *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, World Investment Report, 1997.

VAZ, I. *Direito Econômico da Concorrência*, Editora Forense, 1993.

VISCUSI, W.K., VERNON, J. e HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, segunda edição, 1995.

WOOD, D. *International Standards for Competition Law: an Idea whose Time has not Come*, PSIO Occasional Paper, WTO, No 2, 1996.